



*Justicia*  
**Justicia**

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

*Administrativa*  
**Administrativa**

DIRECTOR

**Miguel Sánchez Morón**

editorial

**LEX NOVA**

# REVISTA

## Justicia Administrativa

### CONSEJO ASESOR

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

### DIRECTOR

**Miguel Sánchez Morón**

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

### SECRETARÍA TÉCNICA

**Margarita Beladiez Rojo**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

© LEX NOVA 2006

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

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

## Sumario:

### DOCTRINA:

- [5] **La organización territorial del Estado ¿Proceso a continuar u obra a culminar?**

LUCIANO PAREJO ALFONSO

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- |   |   |
|---|---|
| [29] <b>I. DERECHO COMUNITARIO</b><br>L. ORTEGA ÁLVAREZ   | [187] <b>IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA</b><br>F. LÓPEZ MENUDO                                  |
| [59] <b>II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS</b><br>J. GARCÍA ROCA                                      | [201] <b>X. FUNCIÓN PÚBLICA</b><br>L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN                             |
| [75] <b>III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS</b><br>J. GARCÍA ROCA   | [215] <b>XI. URBANISMO</b><br>L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN                                  |
| [97] <b>IV. FUENTES DEL DERECHO</b><br>A. MENÉNDEZ REXACH   | [221] <b>XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL</b><br>A. EMBID IRUJO                           |
| [119] <b>V. ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS</b><br>A. MENÉNDEZ REXACH | [239] <b>XIII. MEDIO AMBIENTE</b><br>A. EMBID IRUJO   |
| [135] <b>VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA</b><br>M. SÁNCHEZ MORÓN  | [253] <b>XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO</b><br>J. TORNOS MAS                                 |
| [151] <b>VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR</b><br>M. REBOLLO PUIG   | [279] <b>XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD</b><br>I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA            |
| [171] <b>VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA</b><br>E. LÓPEZ MENUDO  | [289] <b>XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES</b><br>G. FERNÁNDEZ FARRERES |

- [311] **NOTAS BIBLIOGRÁFICAS**



# La organización territorial del Estado ¿proceso a continuar u obra a culminar?

LUCIANO PAREJO ALFONSO

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Carlos III de Madrid

## Resumen

### LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO ¿PROCESO A CONTINUAR U OBRA A CULMINAR?

*Las iniciativas de reforma estatutaria en curso en las que se despliega una nueva fase del proceso de autoafirmación de las Comunidades Autónomas proporcionan ya indicios fuertes de una posible mutación constitucional de mayor alcance incluso que la inducida ya por nuestra incorporación a la Unión Europea.*

*Dado que organización del Estado y orden social son elementos inescindibles del orden constitucional, en tanto que instrumento la primera para la óptima realización en cada momento posible del segundo, la apuntada realidad dista de ser satisfactoria. El edificio estatal dispuesto para hacer frente, con eficacia, a los riesgos que comporta la compleja sociedad actual, aunque no debe petrificarse*

*ciertamente, precisa no obstante de mayor estabilidad.*

*Dicho punto de partida no apunta tanto a las soluciones finales de las reformas en curso, cuanto a su método, contexto y finalidad. En este sentido se hace preciso, operando sobre la experiencia suministrada justamente por el proceso autonómico, alcanzar una construcción territorial del Estado con vocación de estabilidad, lo que requiere superar la actual realidad constitucional. Este objetivo exige la total constitucionalización del modelo y, en lo que aquí importa, del reparto territorial de competencias, siquiera sea entre las dos instancias superiores de la organización del Estado.*

## Abstract

### THE TERRITORIAL ORGANIZATION OF STATE PROCESS TO CONTINUE OR WORK TO CULMINATE?

*The initiatives of statutory reformation going on in which it is deployed a new phase of Autonomous Communities selfaffirmation already provide strong indications of a possible constitutional mutation even of a bigger scope that the already inferred by our incorporation to the European Union.*

*Since organization of the State and social order are indivisible elements of the constitutional order, as long as the first one is an instrument to the best realization in every moment of the second one, the pointed reality is far from being satisfactory. The state building arranged to face up, with effectiveness, to the risks that the complex current society*

*behaves, although it should not petrify itself, it need of more stability.*

*This starting point doesn't aim so much at the final solutions of the reformations going on, as to its method, context and purpose. In this sense it becomes necessary, operating on the experience given by the autonomous process, to reach a territorial construction of State with vocation of stability, what requires to overcome the current constitutional reality. This objective demands the total constitutionalization of the pattern and, in what this work concerns, of the territorial distribution of domains, at least among the two superior instances of the organization of the State.*

## Sumario:

**I. Algunas consideraciones generales a modo de introducción. II. La determinación jurisprudencial del sistema de reparto territorial de competencias.** A) El primer paso: fijación de la regla general, pero, al mismo tiempo, admisión de modulaciones a la misma (STC 76/1983). a) La regla general. b) Las modulaciones. B) El segundo paso: casuismo por inclusión o exclusión del sistema, sin criterio objetivo alguno apreciable, de otros preceptos constitucionales. C) El tercer paso: recurso al interés general para el “cierre” del sistema (más bien de la “lógica” de éste). **III. El sistema constitucional mismo y su inconsecuente aplicación por el Tribunal Constitucional.** A) Las dos piezas esenciales derivadas directamente de la Constitución. B) Las dos piezas complementarias, de origen sustancialmente jurisprudencial. C) La realidad constitucional: desvirtuación del sistema normado. **IV. La salida de la lógica del proceso: la directa determinación constitucional del reparto territorial de las competencias.**

### I. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES A MODO DE INTRODUCCIÓN

Considerándolas a la luz de las iniciativas estatutarias vasca y catalana, especialmente esta última<sup>1</sup>, tres son las características que destacan en la actual coyuntura de nueva “reflexión del Estado sobre sí mismo”<sup>2</sup>: i) el desarrollo como cuestión “interna” en la que ningún papel significativo corresponde a la “refundación” de la unión supranacional y su posible desenlace; ii) la presentación como parte del proceso de construcción de la organización territorial del Estado desencadenado y definido por la Constitución y, por tanto, mera nueva fase de dicho proceso, inscrito éste como tal en la lógica del orden constitucional, y iii) la alimentación por un impulso de autoafirmación<sup>3</sup> conducente a la ampliación y el aseguramiento del propio espacio decisonal y de su soporte financiero.

Dejando de lado los planteamientos tanto claramente desquiciadores del marco constitucional (como el vasco; ya, en realidad, frustrado), como, cuando menos para su análisis independiente, el obligado contexto supranacional europeo, las dos últimas características apuntadas proporcionan indicios fuertes de una eventual mutación constitucional con efectos de alcance equivalente, si no incluso mayor, a los de una verdadera reforma constitucional y no precisamente la limitada en principio pretendida<sup>4</sup>.

La combinación de la idea –errónea en su sentido literal– de la “desconstitucionalización” del modelo territorial<sup>5</sup> con el llamado principio “dispositivo”<sup>6</sup> al servicio de la potenciación del papel del Estatuto de Autonomía como parte de un especí-

**LA “DESCONSTITUCIONALIZACIÓN” DEL MODELO TERRITORIAL AL SERVICIO DE LA POTENCIACIÓN DEL PAPEL DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA COMPORTA RIESGOS**

(1) En cuanto está teniendo, se quiera o no, un destacado valor de referencia para la ulterior evolución del Estado autonómico.

(2) Por emplear aquí extensivamente la expresión acuñada por el Tribunal Constitucional en su doctrina a propósito del título competencial relativo al régimen jurídico de las Administraciones públicas, incluida la instancia basal (local) de la organización territorial del Estado. Se alude a las reformas proyectadas o en curso tanto de la Constitución misma, como de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas, que se inscriben, además, en el peculiar proceso “constituyente” de la Europa empeñada en la gran empresa de su unión en una comunidad supranacional.

(3) Sobre estas características, véanse las consideraciones que el autor ha desarrollado en el prólogo al libro de Jesús LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, *Tratado de Derecho Autonómico*, Madrid, 2005.

(4) Sobre la idea de mutación constitucional véase S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Madrid 1993, y, más recientemente, *Constitución*, Madrid 2004.

(5) Esta tesis, formulada tempranamente por P. CRUZ VILLALÓN, *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1999, ha influido notablemente en el desarrollo efectivo del modelo. Una correcta e integrada interpretación del texto constitucional como unidad o sistema desmiente, sin embargo, su entendimiento como ausencia de marco y directriz constitucionales. Del orden constitucional resulta un modelo territorial, ciertamente flexible, pero capaz desde luego de enmarcar y dirigir de modo significativo y suficiente el desarrollo de la organización territorial del Estado.

(6) Entendido como estructural y, por tanto, idóneo para sostener indefinidamente la asunción estatutaria de competencias, sin límites constitucionales precisos establecidos ya en el momento constituyente.

fico y diferenciado “bloque de la constitucionalidad”, el referido a la organización territorial del Estado, comporta, en efecto, tres riesgos:

1º. La conversión en “estructurales” de previsiones constitucionales con finalidad meramente “fundacional” y, por tanto, transitoria.

Dada la novedad de la entonces meramente posible instancia territorial intermedia del Estado, el carácter de las previsiones constitucionales relativas a la primera formulación y aprobación de los Estatutos de Autonomía aparece claramente definido en el fundamental artículo 137 CE, en el que, de un lado, se da por supuesta la definición directamente constitucional de la instancia nacional<sup>7</sup> y se garantiza la instancia territorial basal<sup>8</sup>, por lo que, de otro lado, se anuncia ya —en la fórmula “y en las Comunidades Autónomas que se constituyan”— el establecimiento de previsiones estrictamente atenuadas al proceso fundacional<sup>9</sup> preciso para la efectiva constitución, en su caso, de Comunidades Autónomas, es decir, que por su contenido y alcance merecen más bien la calificación de normas-medida.

Los artículos 143, 144, 145, 146, 151 y 152 CE se refieren efectivamente a: la “iniciativa del proceso autonómico” para la “constitución en Comunidad Autónoma” del correspondiente territorio en ejercicio del derecho a la autonomía (el autogobierno en el marco de la CE) reconocido por el artículo 2 CE y su límite organizativo infranqueable (la federación autonómica); la diferente amplitud (competencial y, en su caso organizativa) inicial —en general restringida y sólo excepcionalmente plena— de dicha iniciativa según los casos<sup>10</sup>; la sustitución de la iniciativa por las Cortes Generales por motivos de interés general; y la tramitación y aprobación de los Estatutos de Autonomía.

La prueba del carácter exclusivamente fundacional y, por tanto, transitorio de estas previsiones (su condición de normas-medida) la suministra la regulación formalmente transitoria de aspectos complementarios, pero integrantes de la establecida por aquéllas, tales como los territorios directamente legitimados para el ejercicio de la iniciativa de mayor amplitud y, sobre todo, la iniciativa en el caso de las ciudades de Ceuta y Melilla (Disposiciones Transitorias Segunda y Quinta CE). El resto de las disposiciones del título VIII CE

(7) La cual se lleva a cabo, en efecto, principalmente en los títulos II, III, IV, V y VI de la norma fundamental.

(8) El artículo 137 CE menciona y, por tanto, determina directamente a Municipios y Provincias como entidades integrantes de la organización territorial del Estado, reconociéndoles autonomía para la gestión de sus respectivos intereses; autonomía, cuya garantía resulta de su relación con los artículos 140, 141 y 142 CE.

(9) Con las conexiones procedentes con el pasado a efectos del otorgamiento al proceso, en los correspondientes supuestos, del pertinente carácter reintegrador por la vía tanto de la referencia al hecho de haberse plebiscitado en el pasado un proyecto de estatuto de autonomía (Disposición Transitoria Segunda CE) y al amparo y el respeto a los derechos históricos de los territorios forales, admitiendo su actualización (Disposición Adicional Primera CE), como de la derogación —en la medida en que pudieran considerarse subsistentes— de las Leyes de 25 de octubre de 1839 y 21 de julio de 1876 (Disposición Derogatoria, apartado 2, CE).

(10) Sin perjuicio de su tendencial igualación posterior, sobre todo una vez transcurridos cinco años de funcionamiento de las Comunidades Autónomas que no hubiera tenido acceso desde el principio a la total extensión competencial del autogobierno permitida por la Constitución. La diferencia en la amplitud de la disposición sobre la organización y las competencias es, pues, sólo temporal, es decir, en el curso del “proceso autonómico” a que alude el apartado 2 del artículo 143 CE.

## La organización territorial del Estado

presentan, sin embargo, carácter estructural, al determinar el contenido de los Estatutos de Autonomía, el máximo de competencias asumibles en ellos, el control de la actividad autonómica, la coordinación de la Administración autonómica con la Administración General del Estado, la conocida como “coacción federal”, la autonomía financiera y los recursos de las Comunidades Autónomas, la asignación presupuestaria nacional para la igualdad mínima en los servicios públicos fundamentales y la compensación financiera para gastos de inversión a efectos de la solidaridad interterritorial (artículos 147, 148, 149, 153, 154, 155, 156, 157 y 158 CE).

De la lógica interna del título VIII CE se sigue que, en la hipótesis efectivamente realizada de generalización del proceso autonómico en su versión máxima (organizativa y competencial) posible, la construcción del Estado autonómico debe considerarse finalizada o ultimada al menos desde el punto de vista del orden constitucional definitorio del modelo<sup>11</sup>. De modo que, a partir de tal momento:

– Las reformas estatutarias previstas en el artículo 147.3 CE han de inscribirse necesariamente en el modelo y, en particular, no pueden aspirar a mayores cotas competenciales. En otras palabras: son reformas de perfeccionamiento del autogobierno mismo ya establecido.

El inciso inicial del apartado 1 del artículo 149 no deja lugar a duda alguna, en efecto, acerca de la reserva directa por la norma fundamental a la instancia nacional del Estado de las competencias en dicho apartado enumeradas. Ni tampoco que lo hace con carácter definitivo, al traducir en materias y competencias (exclusivas) el círculo de los intereses generales considerados de carácter y dimensión nacionales, que se presupone en el artículo 137 CE. Es significativo, en este sentido, el tiempo verbal de presente que utiliza, frente al futuro que emplea el artículo 148.1 CE a la hora de acotar las materias en las que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias. Y, en todo caso, es definitivo que el artículo 148.2 CE refiera la reforma de los Estatutos de Autonomía, a partir de los cinco años de la aprobación de éstos, a la ampliación “sucesivamente” de las competencias, pero siempre “dentro del marco establecido en el artículo 149”.

– Las únicas “alteraciones” posibles del cuadro competencial fijado por el “marco” del artículo 149 CE, al menos cuando de las capaces de afectar al espacio decisional reservado por éste al Estado central se trata, son, pues, las autorizadas por el artículo 150 CE.

El planteamiento, por tanto, de reformas estatutarias que “prolongan” la lógica del proceso (transitorio por fundacional) autonómico más allá de su consumación para “instalarla” en la de la vida ordinaria del Estado autonómico desborda la finalidad institucional de la reforma prevista en el artículo 147.2 CE<sup>12</sup>, careciendo, así, de fundamento constitucional claro.

(11) Ésta es la razón de que en sede doctrinal ya se han hecho oír voces que abogan porque la anunciada y contenida reforma constitucional se extienda a la derogación formal de las previsiones constitucionales calificadas en el texto como fundacionales y, por tanto, transitorias, por entender que éstas no están verdaderamente en vigor al haberse cumplido ya el supuesto al que se refieren.

(12) En relación, en su caso, con el artículo 148.2 CE.

2º. El trastocamiento de la economía interna del bloque Constitución-Estatutos de Autonomía por otorgamiento a éstos de una posición materialmente “constituyente”<sup>13</sup>.

Al situarse, pues, las reformas estatutarias comentadas en *terra incognita* constitucional, portan inevitablemente el riesgo elevado de desvirtuar el modelo establecido desde luego por la norma fundamental y de asumir materialmente, por ello, un papel co-constituyente que no le corresponde a la norma estatutaria<sup>14</sup>. A su vez, el desempeño de ese papel, al tener que ser cumplido desde perspectiva –territorial– incompleta e inadecuada, incrementa de suyo y de forma más que notable la probabilidad de desvirtuación del modelo constitucional. Pues la redefinición de la parte es también la del todo, siendo difícil que la de éste sea coherente cuando tiene lugar como resultado de la suma de la, diversa, de las partes. Es cierto que semejante proceder sería asumible en la hipótesis de su circunscripción, a título de excepción y sobre la base del “hecho diferencial”, a unas pocas partes (el País Vasco y Cataluña, por ejemplo), arbitrando luego la relación de éstas con el todo, así preservado, en términos de “bilateralidad”. Pero cabalmente esta solución supondría la plena confirmación de que el proceder comentado representa una renovación del modelo constitucional establecido, cuya realización requeriría consenso sobre la recuperación de la desigualdad “cualitativa” del autogobierno autonómico, la cual, aunque quizás presente en algún momento del estadio constituyente, no quedó consagrado, al menos claramente, en el texto constitucional<sup>15</sup>.

El resultado es, en todo caso y cuando menos, una confusión inasumible en la posición respectiva de la Constitución, en tanto que norma suprema del ordenamiento total, y los Estatutos de Autonomía, en tanto que normas de cabecera (y, en este sentido y para cada uno de ellos, suprema) de los correspondientes ordenamientos territoriales inscritos en aquel ordenamiento. Esta confusión y sus potenciales devastadores efectos puede ejemplificarse en la pretensión del nuevo Estatuto catalán de concreción de la definición de derechos a partir de los contenidos genéricamente establecidos como principios rectores de la política social y económica en el capítulo III del título II CE. Dando por sentado<sup>16</sup> que tal definición deje a salvo la competencia legislativa que constitucionalmente corresponda a la instancia general o nacional, ¿dejaría la Constitución (y, en su caso y desde distinta perspectiva, el Derecho originario comunitario-europeo) de constituir el único criterio

(13) En la doctrina científica, ha llamado ya la atención sobre la tendencia observable a otorgar a los Estatutos de Autonomía el papel de normas “constitucionales” de las correspondientes Comunidades Autónomas S. MUÑOZ MACHADO, *El mito del Estatuto-Constitución*, en el libro colectivo L. Ortega Álvarez (dir.), *La reforma del Estado autonómico*, Madrid 2005, págs. 65 y sgs.

(14) El riesgo es claro en el contexto del modelo territorial establecido, basado en la generalización de un autogobierno autonómico de organización y funcionamiento y contenido competencial equiparables. De ahí que su intensificación y, por tanto, probabilidad de actualización corran paralelas con el grado de “extensión” de la reforma estatutaria iniciada. Pues, constante el referido modelo, nada hay en él que conduzca a la restricción de aquélla a las Comunidades Autónomas en las que está presente el llamado “hecho diferencial” (para establecer la “asimetría” de los autogobiernos de dichas Comunidades diferenciadora de los pocos basados en el aludido hecho diferencial de todos los restantes), ni permita impedir su nueva generalización. Ésta, de producirse, supondría en todo caso la consumación de una auténtica mutación constitucional.

(15) Sobre esta cuestión, véase R. L. BLANCO VALDÉS, *Nacionalidades históricas y regiones sin historia*, Madrid, 2005.

(16) Lo que es desde luego obligado, por cuanto el contenido del capítulo III del título II CE comprende todo el orden social sustantivo objeto de la acción de los poderes públicos constituidos según sus respectivas competencias.

## La organización territorial del Estado

de medida para la legislación general o ésta habría también de resultar conforme con las determinaciones de él y, en su caso, los Estatutos de Autonomía.<sup>17</sup> De ser así, la instancia nacional habría venido a tener peor condición, en el desarrollo constitucional, que la o las Comunidades Autónomas, cuyas políticas económico-sociales únicamente tendrían como marco último, a través del correspondiente Estatuto de Autonomía (entendido ahora esencialmente como norma “constituyente” propia), la Constitución. Por no hablar de las repercusiones en las condiciones del Estado español cara al ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones como miembro de la organización-ordenamiento supranacional europeo.

3º. La conversión, finalmente y al menos por lo que hace al sistema de distribución territorial de competencias en el seno de la organización territorial del Estado, de la interpretación constitucional cualificada –la cumplida por el Tribunal Constitucional– en norma materialmente constitucional<sup>18</sup> por la vía de su incorporación a los Estatutos de Autonomía.

Es una paradoja que el mismo frente autonómico desde el que se promovió en su momento la doctrina del Tribunal Constitucional de la inconstitucionalidad de las normas legales puramente interpretativas del orden constitucional, plantee ahora la consagración estatutaria, como única constitucionalmente correcta, de la interpretación<sup>19</sup> que de la distribución territorial de competencias ha ido partiendo el Tribunal Constitucional a lo largo del tiempo y a la hora de la decisión de cada uno de los procesos constitucionales, especialmente los conflictos de competencia. En cualquier caso, semejante forma de proceder:

**EL PAPEL DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL  
EN LA DECANTACIÓN DEL  
SISTEMA DE REPARTO  
TERRITORIAL DEL PODER  
PÚBLICO HA SIDO  
Y ES ESENCIAL**

(17) El posible argumento de la imposibilidad de conflicto entre la Ley general y el Estatuto de Autonomía por la restricción de la primera a las condiciones básicas garantizadoras de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales no resolvería el problema, ni siquiera si la reforma estatutaria implicara el total vaciamiento competencial de la instancia nacional para el establecimiento de políticas sectoriales propias en algunos de los ámbitos cubiertos por el capítulo III del título II CE. Aun aceptando que tal vaciamiento excluyera en principio el apuntado conflicto, suscitaría un problema mayor: el ya apuntado de la quiebra del modelo constitucional por desvirtuación de la economía interna de éste. Pues debe tenerse en cuenta que, dada su condición de sistema, la norma fundamental diseña una determinada organización territorial de los poderes constituidos (comprensiva de una específica distribución territorial de competencias) justamente en función del orden sustantivo del que forma parte el capítulo III del título II y para la realización permanente y continuada del mismo. De suerte que orden sustantivo y orden organizativo-competencial no son arbitrariamente separables, para su modificación en cualesquiera términos, so pena de desvirtuación del sistema constitucional mismo.

(18) En los términos que se desprenden de la apuntada confusión en la economía interna del bloque formado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

(19) No necesariamente la interpretación clara y constantemente establecida por la doctrina del Tribunal Constitucional, que de por sí podría de suyo ser alterada en posteriores pronunciamientos del propio Tribunal. Como se razonará en el texto, la jurisprudencia constitucional no es normalmente unívoca y aparece caracterizada más bien por el casuismo. La interpretación a que se alude es más bien, pues, aquella que, contenida en mayor o menor número de Sentencias, se selecciona por cuadrar al planteamiento de la reforma estatutaria.

– Contribuye a reforzar los efectos de los dos rasgos anteriores de las reformas en curso y, al propio tiempo, corrobora dichos efectos, en cuanto que –de prosperar la solución estatutaria en materia competencial (cada una de ellas) y estarse a la consecuencia por ella (cada una de ellas) realmente pretendida– i) el ámbito y alcance de las competencias de la instancia general volverían a ser potencialmente distintos en los territorios de todas las Comunidades Autónomas, con las insoslayables consecuencias perturbadoras para la operatividad constitucionalmente querida de tal instancia general, salvo que –sin perjuicio del inevitable período transitorio de heterogeneidad por razón del territorio– se alcanzara de nuevo el suficiente grado de uniformidad en la asunción estatutaria de competencias; ii) la determinación de dichos ámbito y alcance (de las competencias de la repetida instancia general) dejaría de tener como referente principal la Constitución para extender dicha función –a título de criterio de valor equivalente– al Estatuto de Autonomía.

– No puede considerarse constitucionalmente correcta, porque: i) eleva a solución general lo que, en todo caso, no es sino solución jurisprudencial alcanzada en determinado momento a la vista de un concreto planteamiento del correspondiente legislador, históricamente condicionado y adoptado de entre los diversos constitucionalmente posibles, y ii) rigidifica así indebidamente el continuado desarrollo constitucional (del que forma parte la evolución de la jurisprudencia que lo controla) y, por tanto, el propio orden constitucional. Por no hablar, trayendo a colación la condición de miembro de la Unión Europea del Estado español, del apartamiento de la lógica inherente a la distribución de competencias entre dicha Unión y los Estados miembros tanto en el estadio actual del Derecho comunitario, como también en el del posible, caso de éxito final del proceso “constituyente” en curso. Pues esa distribución se realiza siempre a partir del espacio decisorial reservado a la instancia superior (la supranacional) y afirmando la capacidad de ésta para interpretar su contenido y alcance exclusivamente desde el Derecho originario. Diferente lógica de los sistemas de distribución territorial de competencias que no puede dejar de tener consecuencias negativas sobre el funcionamiento del Estado, en la expresada condición de miembro de la comunidad supranacional, teniendo en cuenta el papel que en el de ésta –en la doble perspectiva de poder y ordenamiento– desempeñan los Estados poderes-ordenamientos miembros.

De entre las características de la actual reforma estatutaria que quedan comentadas, interesa aquí especialmente la tercera, dada la importancia decisiva que, para la integridad del modelo constitucional, tiene sin duda el sistema de distribución territorial de competencias.

En esta dimensión destaca en la reforma estatutaria su planteamiento “como si” de una cuestión tratable de forma independiente y separada y en términos exclusivamente técnicos se tratara. La idea que subyace a tal planteamiento vuelve a ser la de que la ampliación del espacio competencial autonómico se inscribe sencillamente en el desarrollo de la descentralización inherente al modelo territorial de la Constitución y, por tanto, está en perfecta “línea de continuación” del proceso de construcción del Estado autonómico. No es sin más

así como ya nos consta, pero, además, tampoco se está —y esto es decisivo— ante cuestión neutral respecto del mantenimiento del modelo constitucional. Y ello, porque la economía del sistema constitucional resulta de la combinación de sus órdenes básicos: el sustantivo y organizativo-competencial, de suerte que cualquier cambio significativo en uno de ellos repercute en el otro (lo que vale especialmente para los cambios en el segundo).

La redefinición de las competencias autonómicas que, en sentido ampliatorio del correspondiente espacio decisional, se pretende, maneja la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional como argumento de autoridad y criterio decisivo. Cualquier análisis del planteamiento competencial de la reforma estatutaria remite, pues y como necesario, al de esa doctrina constitucional. Este análisis es el que aquí se pretende abordar, pero en modo alguno para volver a exponer o sistematizar dicha doctrina, ni siquiera para efectuar la crítica de este o aquel aspecto de la misma, sino, antes bien, para reflexionar sobre su acierto en la determinación de sus fundamentos constitucionales y en el desarrollo de éstos, que inicialmente parecían permitir varios y hasta dispares desarrollos.

El papel del Tribunal Constitucional en la decantación del sistema de reparto territorial del poder público constituido ha sido y es, efectivamente, esencial, como ha recordado recientemente G. FERNÁNDEZ FARRERES<sup>20</sup>. Por eso mismo ha podido acuñarse en la doctrina científica la expresión “Estado autonómico jurisprudencial”<sup>21</sup>, que adquiere todo su sentido desde la comprobación de que la jurisprudencia constitucional sobre autonomías territoriales es, ante todo y sobre todo, “doctrina competencial”, de modo que, en este terreno, el Tribunal Constitucional se ha erigido en una pieza decisiva del sistema por su labor de interpretación y concreción del correspondiente bloque de la constitucionalidad<sup>22</sup>.

## II. LA DETERMINACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL SISTEMA DE REPARTO TERRITORIAL DE COMPETENCIAS

### A) El primer paso: fijación de la regla general, pero, al mismo tiempo, admisión de modulaciones a la misma (STC 76/1983)

#### a) La regla general

Tempranamente, ya a comienzos de la década de los años ochenta, el Tribunal Constitucional advierte que la ultimación de la distribución territorial del poder constituido, aún definida, en lo sustancial, por los artículos 148 y 149 CE, precisa del concurso de los

(20) G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Madrid, 2005, en la introducción a esta obra.

(21) F. FERNÁNDEZ SEGADO, “La construcción jurisprudencial del Estado autonómico”, *RVAP*, 27, 1990, y A. FIGUEROA LARAUDOGOITIA, “Los problemas para la definición del modelo de relaciones Estado-Comunidades Autónomas”, en el libro colectivo *Poder Político y Comunidades Autónomas*, 1991; también luego F. TOMÁS y VALIENTE, “La primera fase de construcción del Estado de las Autonomías (1978-1983)”, *RVAP*, 36, 1993, y L. LÓPEZ GUERRA, “La segunda fase de construcción del Estado de las Autonomías”, *RVAP*, 36, 1993.

(22) P. CRUZ VILLALÓN, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre autonomías territoriales”, en el libro colectivo *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. E. García de Enterría*, IV, 1991.

Estatutos de Autonomía. De donde procede el papel de éstos en la materia, ya que se ofrecen así como las normas llamadas a fijar las competencias efectivamente asumidas dentro del marco establecido por la CE. Para el Tribunal Constitucional no es, pues, únicamente la Constitución, sino el conjunto formado por ella y los Estatutos de Autonomía, el que articula el sistema de reparto territorial de las competencias. Ahora bien, en ese conjunto la pieza formada por los artículos 148 y 149 CE traduce, en términos de habilitaciones-responsabilidades actuales o posibles la totalidad del interés general derivable del orden constitucional sustantivo en su desagregación por círculos territoriales conforme al artículo 137 CE (SSTC 37/1981; 42/1981; 76/1983).

Nada hay que oponer a esta construcción, que comporta la necesidad de una interpretación y un manejo del sistema de reparto territorial de competencias a partir y en el contexto de la unidad constitucional, es decir, teniendo en cuenta también el orden constitucional sustantivo. Ocurre, sin embargo, que el ulterior desarrollo de la construcción no es enteramente consecuente, al señalar el Tribunal Constitucional que ya en la operación concreta de interpretación de los títulos competenciales no cabe traer el interés general de nuevo a colación, porque tal recurso implicaría una utilización reduplicativa de aquél. Incurre aquí el Tribunal Constitucional en error, dado que el interés general no es otra cosa que la cláusula formal destinada a expresar la corrección de la actuación del poder desde el punto de vista de la relación de ésta con el orden constitucional sustantivo (la legitimidad de la persecución de la realización de éste). Además, ni siquiera el propio Tribunal Constitucional se atiene, en la realidad, al requerimiento de su negación, pues en la antes referida operación interpretativa atendida al título competencial sí que tiene normalmente en cuenta el objeto y la finalidad de la decisión o actuación enjuiciada desde el punto de vista de su soporte competencial, lo que no es sino otra forma de llamar al interés general perseguido. La primera consecuencia, en cualquier caso, de semejante modo de proceder no es otra que una excesiva independización o sustantivación del sistema de distribución territorial de competencias respecto de su sustrato: el interés general desagregado por los círculos resultantes de la organización territorial del Estado (artículo 137 CE).

De mayor trascendencia es aún el fundamento que el Tribunal Constitucional otorga a la función de ultimación que a los Estatutos de Autonomía reconoce en el reparto competencial determinado en principio por la CE: el principio dispositivo.

La apelación al principio dispositivo como parte estructural integrante del sistema de distribución territorial del poder lleva, en efecto, a la admisión de la posibilidad de la atribución por los Estatutos de Autonomía de competencias a la instancia nacional<sup>23</sup>; po-

(23) Como efecto reflejo del principio dispositivo, pues una Comunidad Autónoma podría no asumir, en su Estatuto de Autonomía, todas las competencias susceptibles constitucionalmente de serlo, incluso las imputadas constitucionalmente en principio al círculo de intereses cuya gestión le está encomendada.

En realidad, el principio dispositivo, que se infiere —entre otros— de los artículos 147.2.d) y 149.3 CE, sólo permite a las Comunidades Autónomas asumir las competencias que tengan por convenientes hasta el límite que representa el espacio competencial reservado en exclusiva al Estado central. Por ello carece de todo fundamento constitucional la idea de que, además, habilita a dichas Comunidades para, a través de sus Estatutos de Autonomía, interpretar o modular, también y siquiera sea en forma indirecta o negativa, el alcance de las competencias del referido Estado central.

sibilidad, que implica una clara distorsión de los elementos y las técnicas con las que opera constitucionalmente el sistema de reparto (en concreto: las materias). Baste con algún ejemplo para ilustrar lo que se quiere decir: la STC 32/1983, para la materia “sanidad” en el País Vasco (alta inspección); la STC 208/1999, para la defensa de la competencia (en un sin perjuicio estatutario y entendiendo la defensa de la competencia como submateria del comercio interior), y la STC 56/1990, para la potestad legislativa en punto a estatuto del personal de la Administración de Justicia (sobre la cláusula subrogatoria estatutaria “ejecutiva”).

### b) Las modulaciones

El fundamento de las modulaciones que el Tribunal Constitucional hace objeto a la anterior regla general radica en la comprobación de que la reserva en favor del Estatuto de Autonomía para el cumplimiento de la función que le asigna dicha regla general no es total (SSTC 76/1983; 29/1986 y 197/1996).

De acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional:

– Unas modulaciones –que aquí ahora no interesan– proceden directamente de previsiones constitucionales (las del artículo 150 CE). Se trata bien de la diversa descarga competencial en Comunidades Autónomas por la doble vía de la atribución en el marco de principios, bases y directrices o de la transferencia o delegación de facultades y medios financieros bajo determinados controles, bien de la armonización mediante principios de las disposiciones normativas autonómicas por razón de interés general.

– Pero otras, que son las que presentan aquí interés, descansan en la admisión del reenvío a la Ley ordinaria general o estatal en sentido estricto para la delimitación positiva del contenido de las competencias autonómicas. Y ello tanto por la Constitución, como, precisamente, los Estatutos de Autonomía.

Es cierto que tal admisión se califica jurisprudencialmente como fenómeno excepcional (es el caso en la STC 76/1983 que, sobre el antecedente establecido en las SSTC 10/1982 y 26/1982, acepta la remisión estatutaria a la Ley del Estatuto Jurídico de Radio y Televisión de 1980; y más tarde en la STC 49/1993, que hace lo propio con la remisión a la Ley estatal

**PARA EL TC LA PAREJA  
FORMADA POR  
LOS ARTÍCULOS 148 Y 149  
CE NO AGOTA  
LA DEFINICIÓN DEL  
SISTEMA CONSTITUCIONAL  
DE DISTRIBUCIÓN  
TERRITORIAL DEL PODER  
PÚBLICO**

que se hace en los artículos 148.1.22 y 149.1.29 CE). Pero lo importante es que ha determinado la legitimación de las cláusulas estatutarias llamadas “subrogatorias” (así, por lo que hace a la Administración de Justicia; como resulta, por ejemplo, de la STC 56/1990), lo que, como se verá, ha acabado incidiendo en la interpretación y el manejo de las técnicas de reparto (en especial: las materias). Es a la combinación de la regla general con este tipo de modulaciones a la que debe imputarse una seria distorsión del sistema constitucional de distribución territorial de las competencias.

Puede dejarse aquí de lado la compleja cuestión de la posible incidencia de las Leyes orgánicas en las competencias autonómicas. Porque, habiendo incurrido la doctrina constitucional –a partir de la STC 5/1981– en la confusión del plano relativo a la reserva de Ley orgánica con el de la distribución material de las esferas competenciales del Estado central y las Comunidades Autónomas, hoy parece ser opinión establecida la de negación de la incidencia en dicha distribución.

Sí procede, por el contrario, prestar atención al dato de la admisión de que las Leyes básicas ultiman la determinación del contenido de la competencia del Estado central y, por tanto, delimitan también –indirecta y negativamente– el campo y, por tanto, el contenido de la competencia de las Comunidades Autónomas (STC 68/1984). Pues este dato es el que hace que, en el terreno propio del juego del binomio bases-desarrollo, el de la distribución territorial de competencias sea un “sistema abierto”, que sólo se cierra justamente con la Ley básica. El límite de ésta viene dado por la restricción a su objeto propio (la regulación de los aspectos básicos de una materia), sin incursión en el vicio de la interpretación abstracta de la norma constitucional (SSTC 76/1983 y 214/1989).

Esta función de la Ley básica lleva de la mano a ulteriores problemas, en modo alguno menores. El central es el relativo a si la Ley básica integra el canon de constitucionalidad para las Leyes no básicas. De él derivan otros, todos ellos en el entorno de la cuestión de la relación entre la Ley básica y la Ley autonómica, que no son del caso ahora (inconstitucionalidad mediata en vez de ineficacia: STC 166/2002).

### **B) El segundo paso: casuismo por inclusión o exclusión del sistema, sin criterio objetivo alguno apreciable, de otros preceptos constitucionales**

Como ya se ha indicado, para el Tribunal Constitucional la pareja formada por los artículos 148 y 149 CE no agota la definición del sistema constitucional de distribución territorial del poder público, integra sólo el “marco de referencia principal” [como resulta del artículo 147.2.d) CE], de modo que también otros preceptos constitucionales son relevantes para dicho sistema (STC 94/1985).

La referencia que tal marco proporciona resulta, sin embargo, poco precisa, ya que dicho marco permite, por ejemplo, que el Estatuto de Autonomía derivado de una iniciativa planteada sobre la base de los artículos 143-146 CE incluya la cláusula subrogatoria respecto de una materia reservada constitucionalmente al Estado central como la Adminis-

tración de Justicia. Para el Tribunal Constitucional tal inclusión no merece la declaración de inconstitucional, sino sólo la de su inoperancia hasta que se reforme el Estatuto de Autonomía o se aplique el artículo 150.2 CE (STC 227/1988).

No puede sorprender así la dificultad para encontrar algún criterio objetivo, suficiente y satisfactorio bajo las decisiones del Tribunal Constitucional sobre los “otros” preceptos que son relevantes para el sistema de reparto competencial, es decir, un criterio que dé cuenta de por qué unos pocos preceptos sí son relevantes (ejemplos: artículo 122.1 CE para justificar la competencia sobre el estatuto del personal de la Administración de Justicia –STC 156/1990–, o artículo 4.2 CE para hacer lo propio con la competencia autonómica en materia de bandera y enseña propia –STC 94/1985–) y otros muchos no lo son (ejemplos: artículo 3.3 CE, en la STC 69/1988; artículo 36 CE, en la STC 20/1988; artículo 93 CE, en la STC 137/1989; artículo 132 CE en las SSTC 58/1982 y 85/1984, y artículo 139.2 CE en la STC 95/1984).

Se desliza el Tribunal Constitucional hacia un casuismo en modo alguno compensado por la afirmación de principio, a modo de construcción general luego desmentida parcialmente en el caso, de la existencia de un “modelo” o “sistema”.

### **C) El tercer paso: recurso al interés general para el “cierre” del sistema (más bien de la “lógica” de éste)**

Al estar “traducido” ya por los artículos 148 y 149 CE en títulos competenciales el entero interés general deducible del orden constitucional, el Tribunal Constitucional entiende que la cláusula “interés general” sólo es aplicable como tal a efectos de reparto competencial:

– En defecto de otro cauce idóneo para su satisfacción, pues ésta ha de tener lugar de ordinario a través de y no a pesar del reparto de competencias (STC 146/1986). Luce en este punto, como manifestación especialmente clara del efecto, ya apuntado, de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, la independización de los títulos competenciales enumerados en los artículos 148 y 149 CE respecto de su sustrato constitucional: el corresponsable de entre los círculos territoriales de interés general de que habla el artículo 137 CE.

– Excepcionalmente, cuando la determinación constitucional-legal de las competencias apele ella misma, de nuevo, al interés general (en este sentido son numerosos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional).

Se atribuye así a la cláusula del interés general una función final y residual que permite dotar de una determinada consistencia a la lógica del sistema de distribución territorial y cerrarlo desde el punto de vista de su operatividad funcional. Esto se consigue, sin embargo, a costa no sólo de la insistencia en el error antes denunciado al tratar de la regla general, sino de una importante contradicción a la hora de la aplicación al caso concreto de la propia doctrina, como también allí se dejó dicho. Pero además, la restricción así impuesta con carácter general a la aplicabilidad de la cláusula choca con:

- La importancia concedida al interés general nada menos que para la determinación del extenso y central campo de lo básico y, por tanto, para la ultimación misma de la delimitación de competencias en gran número de materias (SSTC 1/1982, 44/1982 y 14/1986).
- El carácter decisivo atribuido al interés general como límite de las competencias propias autonómicas, sobre todo en situaciones de emergencia (así, en materia de protección civil, STC 133/1990) y situaciones excepcionales para la defensa del medioambiente (STC 329/1993).

### III. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL MISMO Y SU INCONSECUENTE APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### A) Las dos piezas esenciales derivadas directamente de la Constitución

Los incisos iniciales de los apartados 1 de los artículos 148<sup>24</sup> y 149<sup>25</sup> CE, puestos en relación con el apartado 3<sup>26</sup> del segundo de dichos preceptos, no dejan lugar a duda sobre:

1º. El reposo del sistema de distribución territorial de competencias, por entero, sobre dos piezas esenciales: las materias y las competencias en o sobre ellas (llamadas por la doctrina del Tribunal Constitucional, las segundas, funciones o potestades; en este sentido STC 35/1982).

2º. La compleción del doble listado de materias en la operación de la *res extensa* a la que se extiende la gestión de los intereses de la totalidad de las instancias-comunidades territoriales integrantes de la organización territorial del Estado y, por tanto, la responsabilidad de éste como un todo, es decir, en los términos de los artículos 1.1 y 9.2 CE en punto a la realización continuada del orden social y económico que, presidida por el artículo 10 CE, se define en el título II CE<sup>27</sup>. La economía de los artículos 148 y 149 CE no admite, pues, la existencia de verdaderas lagunas en la enumeración de las “materias” sobre las que deben recaer las competencias distribuidas entre las instancias territoriales<sup>28</sup>. El inciso inicial del artículo 149.3 CE sólo puede entenderse referido, consecuentemente, a

(24) “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias”.

(25) “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias”.

(26) “Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado...”

(27) Esta compleción está admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando la misma considera que los artículos 148 y 149 “traducen” acabada o agotadoramente, en competencias, la totalidad de los intereses generales a gestionar por el entero Estado en sus diversas instancias territoriales según el artículo 137 CE. Ocurre que luego, el manejo que el propio Tribunal Constitucional hace de su propia doctrina no es consecuente con este absolutamente decisivo punto de partida.

(28) La asignación de las competencias de la Administración local no tiene lugar directamente por la Constitución, sino a través del reparto competencial completo entre las dos instancias territoriales superiores, que son las encargadas, ya en el plano del desarrollo constitucional y en función del principio de autonomía local, de cumplir la referida asignación en ejercicio de las competencias legislativas propias.

## La organización territorial del Estado

las competencias sobre las materias no reservadas al Estado central según el listado del apartado 1 del mismo precepto y por el efecto de acotación en negativo que deriva del sentido en el que éste emplea el término “materia” para efectuar la reserva de competencia exclusiva: como equivalente a ámbito de la acción pública de extensión y alcance en cada caso precisados. La asunción estatutaria de competencias sobre “materias” al amparo de la acotación “negativa” de éstas por el artículo 149.1 CE en ningún caso puede justificar, pues, la restricción o la lesión en cualquier otra forma de la extensión material y el alcance funcional de la reserva de competencia exclusiva a favor del Estado central, interpretada ésta únicamente desde la propia norma constitucional.

Siendo así lo reservado constitucionalmente al Estado central la clave misma del reparto territorial del poder constituido y estando la pieza “competencia” acotada por el binomio formal legislación-ejecución, es clara –como hizo notar con acierto F. TOMÁS Y VALIENTE– la importancia de la pieza “materia”, en tanto que –presentando mayor indeterminación– de ella depende, sin embargo, la extensión de lo reservado total o parcialmente al Estado central.

A pesar de la claridad de los respectivos incisos iniciales de los artículos 148 y 149 CE y de la economía –expuesta– del sistema que resulta de la combinación de estos preceptos, el Tribunal Constitucional –en el contexto del proceso de “construcción” del Estado autonómico y, por tanto, de la relevante significación atribuida en él al principio dispositivo<sup>29</sup>– ha acabado por otorgar una más que discutible trascendencia a la diversidad de formulaciones con las el constituyente ha cumplido, en los distintos puntos del inciso inicial del apartado 1 del artículo 149 CE, la determinación de materias que anuncia el inciso inicial de dicho precepto constitucional. Dejando ahora de lado la cuestión de la “exclusividad”, sostiene en su doctrina, en efecto, que en tal norma la acotación del espacio

**LOS ARTÍCULOS 148 Y 149  
CE NO ADMITEN LAGUNAS  
EN LA ENUMERACIÓN DE  
LAS “MATERIAS” SOBRE  
LAS QUE DEBEN RECAER  
LAS COMPETENCIAS  
DISTRIBUIDAS ENTRE  
LAS INSTANCIAS  
TERRITORIALES**

(29) La potencialidad “descentralizadora” –conforme con el principio dispositivo– de la prescripción del inciso inicial del apartado 3 del artículo 149 CE se consigue con una interpretación “nominalista” de la pieza “materia”, efectivamente adoptada por el Tribunal Constitucional. De esta manera, siempre que la “materia” asumida en un Estatuto de Autonomía no coincida nominalmente con alguna de las enumeradas en el apartado 1 del artículo 149 CE resulta posible el juego del inciso inicial del apartado 3 de este mismo precepto constitucional y la exclusión, por tanto, del juego del segundo inciso de idéntico apartado y precepto (productor de un efecto “recentralizador” entendido como enervante de la plena operatividad del principio dispositivo). La repercusión sobre la interpretación del capital inciso inicial del apartado 1 del artículo 149 CE es, así, evidente: este precepto pierde eficacia en su función de reserva al poder central, en exclusiva, de determinado espacio decisional. Y en la misma medida en que tiene lugar esa pérdida de eficacia, gana en consistencia el terreno “intermedio” que se considera, siempre sobre la base del principio dispositivo, que ha de haber entre el listado del artículo 148.1 CE –carente en la práctica de verdadera funcionalidad una vez superada la fase “fundacional” del proceso autonómico– y el del artículo 149.1 CE para que pueda operar la “asunción” de nuevas competencias en los Estatutos de Autonomía.

decisional propio del Estado central se cumple mediante el empleo de diversas técnicas de tipología además compleja (por todas, STC 76/1983).

En esta primera afirmación, que no casa, en especial, con el hecho de que las materias y las competencias en o sobre ellas a que se refieren los artículos 148 y 149 CE “traducen” los correspondientes círculos territoriales de interés, hay ya, pues, una primera e importante distorsión del sistema constitucional, incluso en la inteligencia que del mismo dice tener el Tribunal Constitucional.

La coherencia con el sistema constitucional obliga a considerar que lo único que pueden hacer y, por tanto, lo único que efectivamente hacen los diferentes puntos o números del apartado 1 del artículo 149 CE es describir, delimitar, determinar o acotar las materias anunciadas en el inciso inicial del apartado, por más que dicha operación aparezca cumplida, eso sí, con empleo de diferentes técnicas. Consecuentemente, en modo alguno es admisible, como, sin embargo, hace el Tribunal Constitucional, confundir las “materias” con las delimitaciones o determinaciones de cada una de ellas a efectos de la reserva de competencia exclusiva a favor del Estado central, ya que unas y otras se sitúan en planos distintos. La diferente técnica utilizada para la delimitación o determinación de las materias sobre las que se concreta la referida reserva de competencia exclusiva podrá desde luego plantear específicas dificultades interpretativas, pero en todos los casos la operación sólo puede abocar a la clarificación del ámbito o el contenido de la materia correspondiente en tanto que responsabilidad exclusiva del poder central y nada más. Esta última, la materia sobre la que recae la aludida responsabilidad, es la que de suyo es por directa prescripción constitucional (y, por tanto, con vistas a una determinada realización continuada del orden sustantivo constitucional), trátase de la economía, las obras públicas o el medio ambiente.

A la distorsión objeto de crítica se añade aún la que produce el empleo, en “mezcla” diversa, de las técnicas utilizadas por el constituyente para precisar, de un lado, el ámbito material de la competencia exclusiva del Estado y, de otro lado, las funciones o potestades en o sobre ella; mezcla, que se legitima aprovechando la obligada consideración del “objetivo” o el “fin” de la decisión o actuación públicas de cuyo enjuiciamiento desde el punto de vista del soporte competencial se trate. Es esta obligada consideración del objetivo o la finalidad de la acción del poder público de que se trate la que, a su vez, otorga (indebida) cobertura a la admisión de la definición estatutaria de supuestas nuevas “materias” mediante el sencillo procedimiento de su bautizo con nombre diferente al de las enumeradas en el artículo 149.1 CE, aunque exista coincidencia en la sustancia y, por tanto, el objetivo perseguido debiera haberse procurado realizar desde la responsabilidad asignada por la correspondiente “materia” del referido precepto constitucional. De esta suerte se diluye la consistencia de la “reserva” que efectúa el artículo 149.1 CE, pues deja de establecerse conforme a su estatuto propio: la Constitución y sólo ella, para serlo conforme a una ponderación de supuestas materias distintas a la luz del sistema de distribución territorial de competencias y, por tanto, también de la norma estatutaria creadora de la “materia” en ella asumida, tal como aquel sistema es manejado por el Tribunal Constitucional.

No puede sino compartirse, pues, la comprobación por G. FERNÁNDEZ FARRERES<sup>30</sup> de que la interpretación del sistema constitucional desde el principio dispositivo, que es la que hace el Tribunal Constitucional, consagra (haciéndola estructural) y, además, incentiva la tendencia autonómico-estatutaria a buscar —a partir de la definición de objetivos o fines de la acción— nuevas perspectivas de contemplación de la *res extensa* responsabilidad de los poderes públicos para acuñar nuevas rúbricas y, por tanto, materias, a pesar de que, por definición, deba entenderse que la suma de las enumeradas constitucionalmente cubre por entero dicha *res extensa*. Las consecuencias de tal interpretación son, por ello, i) el incremento de la complejidad del reparto territorial de competencias; ii) la confusión del sistema, incrementada por el casuismo de las soluciones, y, finalmente, iii) la inseguridad de estas últimas. Pero, sobre todo, produce ceguera respecto del único punto de referencia seguro del sistema competencial: la lista del apartado 1 del artículo 149 CE y, en particular, su determinación de las materias que, desde el punto de vista de la realización del orden constitucional, responsabilidad de la instancia nacional.

Al expuesto elenco de consecuencias ha de sumarse la falta de precisión en el deslinde de las materias o, si se prefiere, de los ámbitos competenciales que dan lugar a la diversificación tipológica de las competencias:

— Por de pronto, la confusión de los planos relativos a la materia y la potestad en o sobre ella por intermediación del objetivo o fin de la pertinente acción o actuación pública da lugar a supuestos abigarrados de “conurrencia de competencias” que, en realidad y de ordinario, son más bien de “pseudconurrencia”, pues lo que en ellos se produce es propiamente una dificultad para el limpio deslinde entre uno y otro campo competencial. Las zonas grises fronterizas que resultan de esa dificultad plantean, sin embargo, problemas que se agotan en el plano de la interpretación. La dificultad en cuestión en modo alguno autoriza, pues, a desconocer que, jurídicamente, la única solución final admisible en los referidos supuestos es la de su incardinación en uno u otro de los campos competenciales posibles, el autonómico o el estatal en sentido estricto.

— La concurrencia (perfecta) únicamente puede darse en la hipótesis excepcional de identidad entre materia y objetivo-fin de la acción o actuación pública (interés general perseguido por ésta). Y sólo tal hipótesis determina, en realidad, la entrada en juego de la cláusula de la prevalencia del Derecho del Estado en sentido estricto prevista en el artículo 149.3 CE; limitación del ámbito de aplicación de dicha cláusula que, de haberse observado, habría permitido ya la definitiva clarificación de su juego, que es objeto aún hoy, sin embargo, de debate.

— Alcanzada la conclusión anterior, de resto únicamente puede haber concurrencia en la aplicación de normas pertenecientes a ámbitos competenciales distintos por razón de su incidencia sobre un mismo espacio territorial; supuesto este, que reclama solución a través de las técnicas de colaboración (cooperación y coordinación), todavía insuficientemente depuradas igualmente.

(30) G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, op. cit.

La complejidad actual de la distribución territorial del poder constituido no procede, pues, tanto del doble criterio materia/función-potestad con el que opera y ni siquiera de la diversidad de perspectivas que permite en la acotación de las materias. Procede más bien del *modus operandi* del Tribunal Constitucional, que desmiente de hecho la economía del sistema del que proclama, sin embargo, ser mera aplicación. Pues ante los supuestos de actuaciones reales del poder público a encajar en el referido sistema procede, con lógica propia y de forma ajena a las exigencias del sistema, interrogando, primero, sobre el “contenido inherente al ámbito competencial”, para responder a la cuestión en tales términos planteada básicamente mediante la indagación, en segundo lugar, del objetivo prioritario (¡sic!) de la actuación. Este segundo y decisivo momento del razonamiento supone ya el recurso inconfesado<sup>31</sup> al “interés general”, pero desligado de las estrictas exigencias interpretativas que impone éste<sup>32</sup>. Se otorga así el Tribunal Constitucional a sí mismo un gran margen de apreciación, que es el que explica el casuismo de su doctrina y, especialmente, las soluciones diferentes a casos idénticos o análogos (ejemplos significativos: SSTC 42/1981 sobre regulación de la titulación de los bibliotecarios de la Generalitat de Cataluña y 153/1985, sobre calificación de espectáculos teatrales y artísticos).

### **B) Las dos piezas complementarias, de origen sustancialmente jurisprudencial**

El expuesto *modus operandi* permite al Tribunal Constitucional recurrir, para completar el juego del sistema, a dos piezas, ya formales, complementarias, que todo lo más pueden considerarse “derivadas” de norma constitucional:

- La preferencia del título competencial específico sobre el general.
- La naturaleza normativa o ejecutiva de la potestad ejercitada.

Ninguno de estos dos criterios, en realidad en buena medida “superpuestos” a la regulación constitucional ofrece ni precisión, ni seguridad. El propio Tribunal Constitucional tiene reconocido su carácter incierto y relativo (al punto de admitir en ocasiones su inversión): así, para el primero, en la STC 197/1996, sobre ordenación del sector petrolero y, para el segundo, en la STC 203/1992, sobre homologación de vehículos (asunto que se reconoce reconducible tanto a tráfico y seguridad vial, como a industria).

### **C) La realidad constitucional: desvirtuación del sistema normado**

Por las razones expuestas, la aplicación real que del sistema de distribución territorial de competencias ha consagrado la doctrina constitucional supone:

(31) Y excluido en principio, según ya se ha dejado dicho, por la economía del sistema del que se parte y de cuya aplicación se trata.

(32) Véase, en cuanto a tales exigencias constitucionales, L. PAREJO ALFONSO, *Interés público como criterio de control de la actividad administrativa*, en el libro homenaje al Prof. Dr. GUMERSINDO TRUJILLO, *Tirant lo blanch* (con el patrocinio del Gobierno de Canarias, Caja Canarias y el Cabildo Insular, Organismo Autónomo de Museos y Centros), Valencia, 2005, págs. 201 y sgs.

1º. La quiebra de la ordenación constitucional misma del sistema por la vía de i) la dilución de la pieza decisiva “materia” y ii) la formalización de criterios complementarios (en especial el representado por el binomio legislación-ejecución, que implica el encorsetamiento del entero ciclo de la gestión de los asuntos públicos en el esquema clásico normación-aplicación, prescindiendo de las características, en cada materia, de la relación determinada por el interés general)<sup>33</sup>.

El proceso de desvinculación de las soluciones respecto del sistema constitucional normado, incluso en su interpretación con carácter general o abstracto por el propio Tribunal Constitucional, así como sus consecuencias, es perfectamente reconstruible a lo largo de la decantación de la doctrina de éste:

– El punto de ruptura aparece tempranamente en las SSTC 69/1982 y 82/1982. A pesar de la amplitud de las materias no ya de “montes”, sino, sobre todo, del “medio ambiente” incluidas en el listado del artículo 149.1 CE y de la evidencia de que la responsabilidad de la instancia nacional por lo mínimo-básico comprende desde luego la conservación de los espacios naturales merecedores de protección, en dichas Sentencias acaba considerándose, sobre base exclusivamente estatutaria, la de los “espacios naturales protegidos” como “materia” independiente. El fundamento de esta consideración es puramente “nominal”: cómo en el listado del artículo 149.1 CE no figura nada bajo la denominación de “espacios naturales protegidos”, debe concluirse que se está ante una materia susceptible de asunción estatutaria en virtud del artículo 149.3 CE. Esta conclusión se alcanza sin comprobación alguna de si es o no compatible con la reserva de competencia exclusiva que hace el referido artículo 149.1 CE.

Los posteriores pronunciamientos no han corregido este primer deslizamiento. No lo hace la STC 102/1995, capital en punto al medio ambiente, aunque ciertamente templó las consecuencias derivables de los iniciales de 1982, afirmando la incidencia de la competencia medioambiental básica (dada su amplitud) en la relativa a los espacios naturales protegidos.

Pero de poco ha servido tal mitigación de las referidas consecuencias. Los pronunciamientos que se vienen sucediendo

**EL CENTRO DE GRAVEDAD  
DEL MODELO TERRITORIAL  
SE HA DESPLAZADO DE  
LA CONSTITUCIÓN HACIA  
LOS ESTATUTOS  
DE AUTONOMÍA**

(33) A este respecto es muy ilustrativa la solución alcanzada recientemente por el Tribunal Constitucional en materia de espacios naturales protegidos; materia que no es casual, por ello, que esté, como se destaca inmediatamente en el texto, en el origen de la desvirtuación en la práctica del sistema constitucional. Véanse SSTC 194/2004, 35/2005 y 36/2005.

desde noviembre de 2004 han “borrado” sus efectos benéficos al proyectar sobre la primera doctrina el esquema formal del ciclo de la gestión pública que resulta del binomio legislación-ejecución, con el resultado de la supresión *a priori* de cualquier hipótesis de ejecución básica (ni siquiera de las admitidas excepcionalmente y en abstracto por el propio Tribunal Constitucional), cualesquiera que puedan ser los requerimientos que, en la realidad de las cosas y por la propia naturaleza de éstas, imponga el interés general a la acción del poder público.

– La brecha así abierta en el edificio conceptual previamente establecido por el mismo Tribunal Constitucional y que el dice, no obstante, siempre aplicar no tarda en ensancharse y generalizarse. Pronto, y por la misma razón, se admite como materia igualmente independiente la relativa a las “cooperativas” (STC 72/1983), la cual luego (incluso en los términos más extensos de “cooperativas de crédito y cajas de ahorro”) se considera como competencia autonómica (por más que no exclusiva) incluso sin necesidad de previsión estatutaria expresa (STC 134/1992). A ella se añade la “materia”, “denominaciones de origen” (STC 112/1995) y otras muchas.

– La discordancia con las bases que, sin embargo, se dice aplicar conduce a un movimiento de “compensación”, que complica aun más el sistema en la práctica. Consiste la compensación en admitir la sustantividad de las “nuevas” e independientes materias de invención estatutaria (como, por ejemplo, ahora la de “defensa del consumidor y usuario”), pero i) precisando que en ellas hay aspectos reconducibles a materias del artículo 149.1 (STC 71/1982, confirmada por otras posteriores), así como ii) interpretando “expansivamente” estas últimas materias en el primer paso simplemente marginadas (STC 163/1994 y otras posteriores para la materia “casinos, juegos y apuestas” y SSTC 109/2003 y 152/2003 para la de “establecimientos farmacéuticos”).

La inconsecuencia del *modus operandi* queda así en evidencia. Si finalmente las nuevas “materias”, que no son tales y sí sólo “fragmentos” de las materias del artículo 149.1 CE presentados bajo la simple veste de verdadera y diferente materia so pretexto de la persecución de determinado “objetivo” o “fin”, no sólo pueden, sino que deben “reconducirse” a aquéllas, es por la exclusiva razón de que, en términos constitucionales, aquel “objetivo” o “fin” forma parte de la constelación de bienes o valores constitucionales imputados al círculo de intereses de la instancia nacional y, por ello, traducidos en el artículo 149.1 CE en “competencias exclusivas” del Estado en sentido estricto para que sean los órganos de éste los que gestionen los correspondientes asuntos públicos. De donde se sigue el paradójico reconocimiento de la asignación constitucional a dichos órganos de la responsabilidad sobre la realización, en el curso del continuado desarrollo constitucional, de la completa constelación de los correspondientes valores y bienes constitucionales, con establecimiento, pues, de una inequívoca y plena relación de *interesamiento* (constitucional) entre aquéllos (los órganos generales del Estado) y éstos (valores y bienes constitutivos así de fines de la acción de tales órganos estatales, concretamente de tantos fines cuantos sean deducibles de dichos valores y bienes y caigan en el ámbito de la expresada responsabilidad). Luego no es que haya lugar a una reconducción a las materias del artículo 149.1 CE, es que se está

en el ámbito propio de tales materias, de modo que el reconocimiento de competencia autonómica sólo es posible a partir del reservado a la instancia nacional.

2º. La no correspondencia, siempre en la doctrina constitucional, entre determinación en abstracto del sistema constitucional de distribución territorial de competencias y aplicación en la práctica del mismo conduce derechamente al casuismo y éste, a su vez, a la complejidad y la inseguridad de las soluciones. Para justificar este aserto basta con, de un lado, remitirse a las fórmulas empleadas en el proyecto de estatuto catalán para, desde la asunción autonómica de competencias, “delimitar negativamente”, según se dice, el espacio decisional y de actuación de la instancia general o nacional (fórmulas cuya ambigüedad desborda la ya tradicional de la cláusula “sin perjuicio” y que, por lo general, consagran el planteamiento del Tribunal Constitucional de legitimación de la creación de materias siempre que, en su caso, se acompañe de la previsión de la posibilidad de incidencia en ellas –sin precisión del alcance de ésta– desde las correspondientes materias del artículo 149.1 CE<sup>34</sup>).

3º. Las consecuencias del apuntado desfase entre bases dogmáticas y aplicación práctica del sistema van más allá de lo dicho para alcanzar una que interesa, por su importancia, destacar por separado: la incapacidad final del sistema para absorber adecuada y totalmente las exigencias que a su traducción en acción estatal plantea la pretensión de efectividad del orden sustantivo constitucional o, si se prefiere, el servicio necesario de todos los poderes públicos constituidos al interés general. Esta incapacidad se manifiesta especialmente en la irreductibilidad de las únicas formas de manifestación de la actuación del poder público admitidas (la gestión por éstos de los asuntos públicos) a la heterogeneidad y evolución que a ésta impone la realidad de los intereses públicos.

4º. El fruto final no es otro, así, que la adaptación y consolidación de la verdadera lógica constitucional del Estado autonómico en términos no, como debería ser, de “construcción hecha”, sino de “obra en construcción”, es decir, de proceso continuo o, al menos, de horizonte o final no predeterminado. Esta concepción del Estado autonómico es justamente la que, además de haber favorecido los planteamientos de los nacionalismos, ha ralentizado y, más aun, dificultado el desarrollo de las indispensables técnicas dinámicas

(34) Paradigmático y al mismo tiempo extremo, pero, por ello mismo, muy ilustrativo de los riesgos de mutación constitucional al principio apuntados, es el caso de la materia “régimen local”. El proyecto de estatuto catalán parte (a pesar de la mención que a la legislación general sobre régimen local se contiene en el artículo 148.1.2 CE) de la posibilidad de asunción de competencia exclusiva en la entera materia, dado que ésta no está, como tal (literalmente), en listado del artículo 149.1 CE. Colocado así el régimen local (más allá de la “incidencia” que en él pueda tener el régimen jurídico básico conjunto para todas las Administraciones públicas) en *terra incognita* constitucional (primer paso erróneo, por lo ya dicho, ya que tal no existe a efectos competenciales), el fácil recurso a la potestad de autoorganización (la organización ha sido y continúa siendo entre nosotros campo de escasa densidad jurídica, donde prácticamente todo puede justificarse) posibilita argumentar la asunción competencial estatutaria. Aun aceptando la colocación de la cuestión en el terreno propio de la autoorganización, la garantía constitucional de la Administración local la sitúa en la escala de la autoorganización del entero Estado a que se refieren los artículos 1.1 y 137 CE. La autoorganización es y sólo puede ser aquí fruto de la pertinente “reflexión del Estado sobre sí mismo” de la que habla la doctrina del Tribunal Constitucional. Por tanto, en la materia no puede haber nunca (al menos para las entidades locales garantizada constitucionalmente) competencia exclusiva autonómica, pues la competencia de las Comunidades Autónomas ha de convivir con la de la instancia general que sea suficiente para satisfacer la garantía constitucional (lo que remite a una competencia básica) y ser en el plano lógico “posterior” a (es decir, comenzar a partir de o allí donde acaba) esta última. La “desorganización” del modelo territorial definido por la Constitución no puede ser más completa: en realidad se trastoca de modo notable, sobre todo teniendo en cuenta sus efectos más que notables radicales sobre la articulación y el funcionamiento del poder público administrativo.

de relación interterritorial, operantes sobre la base de la lealtad institucional, para el correcto funcionamiento del tipo de Estado definido por la Constitución.

Por mucho que se la pondere es difícil sobrevalorar la trascendencia de esta desvirtuación del Estado autonómico. Su causa radica en el mecanismo que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, aporta verdaderamente el “cierre” del sistema de reparto territorial del poder constituido: la cláusula residual que en favor del Estado central contiene el artículo 149.3 CE. Pues desde el juego del principio dispositivo, cuya íntima vinculación con dicha cláusula luce en multitud de Sentencias del Tribunal Constitucional, la cláusula en cuestión se ofrece, según éste, no como referida a materias-responsabilidades que, siendo asumibles estatutariamente por las Comunidades Autónomas, aún no lo han sido efectivamente<sup>35</sup> o, incluso, que, siendo insusceptibles de ser reconducidas en sede interpretativa al reparto universal y acabado que efectúan los artículos 148.1 y 149.1 CE, sobrevengan por evolución, sino más bien como “referencia-trampa” en la que corre el peligro de caer cualquier competencia que no haya sido expresamente asumida en los Estatutos de Autonomía, aun en el contexto de la lógica del reparto constitucional ya efectuado y en virtud de la posibilidad del “hallazgo” legal de “nuevas materias”. Y ello porque, según la STC 146/1992, la competencia estatal no es sino una competencia residual, por más que dotada de un núcleo duro garantizado por la Constitución; competencia, sobre la que pueden percutir y percuten los Estatutos –justamente hasta su núcleo duro– mediante “sustracciones”, que se encuentran legitimadas por efectuarse así “en el marco de la Constitución”. Semejante construcción conceptual carente de verdadera base constitucional conduce derechamente a i) la “excepcionalización” de la cláusula residual (es decir, a su aplicación sólo a los casos irresolubles) y ii) la enfatización del nominalismo en el manejo de las materias para evitar justamente la, en otro caso, obligada aplicación de la cláusula. De donde se sigue, como producto al que se vuelve una y otra vez, la potenciación de la posición de los Estatutos de Autonomía en el sistema de reparto competencial y la incentivación de la dinámica de su sucesiva modificación para la ampliación “creativa” del techo competencial propio.

#### **IV. LA SALIDA DE LA LÓGICA DEL PROCESO: LA DIRECTA DETERMINACIÓN CONSTITUCIONAL DEL REPARTO TERRITORIAL DE LAS COMPETENCIAS**

La realidad constitucional española comporta la indebida reducción de la organización territorial del Estado a un estado que se aproxima al líquido<sup>36</sup>, pues, no considerándose la constitucionalmente definida, se la entiende, en realidad, como un proceso que sólo conoce períodos más o menos largos de estabilidad y cuya permanencia y duración dependen de la activación de la iniciativa para la reforma estatutaria. De modo que, en realidad,

(35) Sentido este que es el que deriva primariamente de la literalidad del precepto constitucional.

(36) Por conversión en permanente del resultado de la relativa licuación a que se vio compelido el constituyente a someterla para hacer posible la inevitable etapa de su “refundación” a partir de la organización del Estado centralista preexistente.

## La organización territorial del Estado

el centro de gravedad del modelo territorial se ha desplazado de la Constitución hacia los Estatutos de Autonomía.

Dado que organización del Estado y orden social son elementos inescindibles del orden constitucional, en tanto que instrumento la primera para la óptima realización en cada momento posible del segundo, la apuntada realidad dista de ser satisfactoria. Más aún si se considera la inmersión del Estado-organización en la compleja tarea de construcción supranacional europea, ésta sí un verdadero proceso de fin y resultado aún inciertos. El edificio estatal dispuesto para hacer frente, con eficacia, a los riesgos que comporta la compleja sociedad actual, aunque ciertamente no debe petrificarse, precisa sin duda de mayor estabilidad. No puede encontrarse en estado de “reflexión sobre sí mismo”, sino permanentemente, de modo demasiado frecuente. Esta situación no contribuye precisamente a fortalecer los factores de legitimación del Estado social y democrático de Derecho. Explica, pues, al menos en parte, los sentimientos contradictorios de desazón e indiferencia que en la ciudadanía produce la actual coyuntura.

Por ello y como se habrá advertido, el análisis precedente no apunta tanto a las soluciones finales de las reformas en curso, cuanto a su método, contexto y finalidad. Se considera que justifica la afirmación de que se hace ya preciso, operando sobre la experiencia suministrada justamente por el proceso autonómico, alcanzar una construcción territorial del Estado con vocación de estabilidad, lo que requiere superar la actual realidad constitucional. Este objetivo exige la total constitucionalización del modelo y, en lo que aquí importa, del reparto territorial de competencias, siquiera sea entre las dos instancias superiores de la organización del Estado.

No hay otra salida, por tanto, que la ya sugerida por el Consejo de Estado: la de una reforma de la Constitución más amplia que la en principio proyectada. En esta reforma, la distribución territorial de competencias debería responder a las siguientes ideas:

- Supresión del doble listado de materias y, por tanto, competencias sobre ellas a favor de un único listado de las materias que se reservan *ex Constitutione* a la competencia exclusiva del Estado central. Dejando claro que la reserva así establecida se corresponde con la gestión de los asuntos públicos encomendada a la instancia nacional o central en la medida en que los intereses generales que se decanten legítimamente a partir del orden sustantivo deban afrontarse mediante políticas reconducibles a las materias comprendidas en ella.
- Definición también *ex Constitutione* de las competencias de las Comunidades Autónomas mediante la inversión de la cláusula residual para que ésta diga que todas las materias no reservadas expresamente al Estado central corresponden a las Comunidades Autónomas.



**I. DERECHO COMUNITARIO****Sumario:**

**1. Introducción. 2. Principios generales. 3. Fuentes. 4. Recursos.** A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación. B) y C) Recurso por responsabilidad extracontractual y responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario. D) Cuestiones prejudiciales y E) Medidas cautelares **5. Mercado interior.**

A) Libre circulación de mercancías. B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento. a) Libre prestación de servicios. b) Libertad de establecimiento.

C) Libre circulación de trabajadores. a) Contenido jurídico. b) Límites. D) Libre circulación de capitales. a) Comunicación de la adquisición de inmuebles. b) Dedución del impuesto sobre dividendos reservada únicamente a los contribuyentes residentes.

**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, y en el período que comprende esta crónica, el Tribunal de Justicia nos ha brindado también interesantes elementos para la reflexión y el análisis. Bien matizando o puntualizando su doctrina precedente sobre medidas cautelares, bien abordando argumentos poco habituales en lo que atañe a las cuestiones prejudiciales.

Así ocurre, por ejemplo, con la **STJCE de 6 de diciembre de 2005, ABNA y otros, As. Ac. C-453/03, C-194/04, C-12/04 y C-11/04**, en la que el Tribunal declara que las autoridades administrativas nacionales, de naturaleza no jurisdiccional, no pueden hacer uso de la facultad de suspensión cautelar prevista en los artículos 242 y 243 del TCE; quedando ésta expresamente reservada a favor de los órganos de naturaleza estrictamente jurisdiccional. Otro tanto acontece también, con la **STJCE de 8 de noviembre de 2005, Jersey Produce Marketing Organisation, As. C-293/02**, en la que el Tribunal de Justicia examina el alcance de su propia competencia territorial para la resolución de cuestiones prejudiciales.

## 2. PRINCIPIOS GENERALES

La STJCE (Sala Tercera), Comisión contra España, de 27 de octubre de 2005 (Asunto C-158/03), concluye con una nueva condena para el Reino de España en materia de contratación pública. El TJCE declara que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TCE al incluir en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la provincia en la que debe prestarse el servicio o, en su caso, en su capital y, por otra parte, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones de producción, de acondicionamiento y de envasado ubicadas, según el caso, en España o a menos de 1.000 km de la provincia de que se trate, o de oficinas abiertas al público en otras localidades determinadas de esta última, y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata.

El aspecto más destacable del pronunciamiento del Alto Tribunal europeo es la utilización para la resolución de un asunto sobre contratos públicos de las disposiciones del Tratado de la Comunidad. En efecto, en este caso no aplica el Tribunal los preceptos de las Directivas sobre contratos sino las normas de Derecho originario. Sostiene así el TJCE que “la calificación del servicio no es tan importante en el presente asunto, ya que aunque se trate de una concesión de servicio público, las consecuencias que tiene el Derecho comunitario a efectos de la adjudicación de tales concesiones deben analizarse, según una jurisprudencia reiterada, a la luz del Derecho primario y, más en concreto, de las libertades fundamentales previstas en el Tratado”.

En una lúcida y ya consolidada doctrina, el TJCE ha destacado que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no sólo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, el cual no deja de ser limitado, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las Directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos del Tratado de la Comunidad Europea, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal. Entre estos principios destaca el principio de igualdad, del que el artículo 49 CE –aplicado en el asunto comentado– constituye una expresión concreta, principio que prohíbe no solamente las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzcan de hecho al mismo resultado.

Pero la sentencia objeto de análisis reviste también un especial interés por los argumentos utilizados por el máximo intérprete del Derecho comunitario al aplicar el principio de no discriminación en relación con la inclusión en el pliego de condiciones del contrato

## I. Derecho Comunitario

público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias de un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la provincia en la que debe prestarse el servicio o, en su caso, en su capital.

Por último, en relación con los criterios de adjudicación de los contratos cuestionados por la Comisión europea, el pronunciamiento del Tribunal exige también el respeto incondicional del principio de no discriminación, respeto que en el caso de las adjudicaciones del INSALUD no se cumplió al incluirse en los pliegos criterios discriminatorios de valoración de las ofertas como son: a efectos de atribuir puntos adicionales, tomar en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones de producción, de acondicionamiento y de envasado ubicadas, según el caso, en España o a menos de 1.000 km de la provincia de que se trate, o de oficinas abiertas al público en otras localidades determinadas de esta última; y, en caso de empate entre varias ofertas, favorecer a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata.

### 3. FUENTES

En el período al que se circunscribe esta crónica, hemos de destacar la **STJCE de 22 de noviembre de 2005, As. C-384/02, Kobenhavns Byret c. Knud Grongaard y Allan Bang**, que recuerda los límites que tiene el Juez nacional al interpretar las normas de su Derecho Nacional según el contenido de una Directiva, en particular, cuando dicha interpretación tenga por efecto determinar o agravar, basándose en la Directiva y con independencia de una ley adoptada para su ejecución, la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones.

Asimismo también merece mención la **STJCE de 6 de diciembre de 2005, As. C-66/04, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea**, en relación con los requisitos que debe respetar el legislador comunitario cuando prevé una armonización caracterizada por varias etapas (por ejemplo, fijación de determinados criterios esenciales –reglamento de base– y, después, evaluación científica relativa a las sustancias afectadas y adopción de una lista positiva de sustancias autorizadas en toda la Comunidad). Pues bien, los requisitos son dos, a saber:

– Que en el acto de base se contengan los elementos esenciales de la medida de armonización de que se trate.

– Que el mecanismo de desarrollo de tales elementos posibilite una armonización en el sentido del artículo 95 CE, lo cual sucede cuando el legislador comunitario establece normas detalladas conforme a las cuales se han de adoptar las decisiones en cada fase y determina y encuadra con precisión las facultades que corresponden a la Comisión en tanto como órgano encargado de adoptar la decisión final.

Por su parte, la **STJCE de 15 de diciembre de 2005, As. C-86/03, República Helénica c. Comisión**, señala que la interpretación que haya de darse a la excepción contenida en

una Directiva debe ser estricta y según el examen de los trabajos preparatorios de dicha Directiva.

En último lugar, la **STJCE de 10 de enero de 2006, As. C-402/03**, contiene dos pronunciamientos interesantes. Según el primero de ellos, cuando una declaración recogida en un acta del Consejo no se plasme de algún modo en el texto de una disposición de Derecho derivado, no puede tenerse en cuenta para la interpretación de dicha disposición. El segundo pronunciamiento se refería a los efectos de una sentencia dictada por el Alto Tribunal Comunitario al resolver sobre la interpretación de una determinada disposición comunitaria. En concreto, indica el Tribunal de Justicia que las normas por él interpretadas deben ser aplicadas por los jueces internos incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación (ello por cuanto la interpretación de la norma hecha por el Alto Tribunal se refiere al modo en que aquella debió ser entendida desde su entrada en vigor). No obstante, tal conclusión puede limitarse con carácter excepcional cuando concurren dos requisitos: la buena fe de los interesados y el riesgo de trastornos graves.

#### **4. RECURSOS**

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

Durante el tiempo al cual se suscribe la presente crónica no existen referencias jurisprudenciales importantes en las sentencias recaídas en recursos de anulación o de omisión resueltos por parte de los órganos jurisdiccionales comunitarios.

##### **B) y C) Recurso por responsabilidad extracontractual y responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario**

En el período comentado en la presente crónica no existe jurisprudencia novedosa sobre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario.

##### **D) Cuestiones prejudiciales y E) Medidas cautelares**

Al igual que en anteriores ocasiones, el Tribunal de Justicia no ha variado de manera ostensible su jurisprudencia en materia de cuestiones prejudiciales y medidas cautelares. De hecho, la mayoría de las sentencias que a continuación se relacionan, no hacen sino confirmar la que es reiterada jurisprudencia de la Curia comunitaria en torno a estas materias.

No obstante lo anterior, y en el período que comprende esta crónica, el Tribunal de Justicia nos ha brindado también interesantes elementos para la reflexión y el análisis.

## I. Derecho Comunitario

Bien matizando o puntualizando su doctrina precedente sobre medidas cautelares, bien abordando argumentos poco habituales en lo que atañe a las cuestiones prejudiciales.

Así ocurre, por ejemplo, con la **STJCE de 6 de diciembre de 2005, ABNA y otros, As. Ac. C-453/03, C-194/04, C-12/04 y C-11/04**. Sentencia que tendremos ocasión de comentar en la segunda parte de este epígrafe y que ha introducido una novedad ciertamente interesante en lo que a medidas cautelares se refiere. A saber, que las autoridades administrativas nacionales, de naturaleza no jurisdiccional, no pueden hacer uso de la facultad de suspensión cautelar prevista en los artículos 242 y 243 del TCE; quedando ésta expresamente reservada a favor de los órganos de naturaleza estrictamente jurisdiccional.

Así acontece también, con la **STJCE de 8 de noviembre de 2005, Jersey Produce Marketing Organisation, As. C-293/02**, en la que el Tribunal de Justicia examina el alcance de su propia competencia territorial para la resolución de cuestiones prejudiciales.

Sin embargo, no conviene adelantar acontecimientos. Comencemos pues, por dar cuenta de las sentencias más destacadas en lo que a las cuestiones prejudiciales se refiere.

### Cuestiones prejudiciales

En lo que concierne a las cuestiones prejudiciales, y más concretamente a las **cuestiones prejudiciales de interpretación**, el Tribunal de Justicia ha abordado dos argumentos principales: a) los motivos de admisibilidad prejudicial y b) las peticiones de reapertura de la fase oral del procedimiento.

En cuanto a los *motivos de admisibilidad*, se hace necesario recordar que, con arreglo a la ya reiterada jurisprudencia del Tribunal, dentro del marco de la cooperación entre la Institución jurisdiccional europea y los órganos jurisdiccionales nacionales:

- 1) Por regla general, el Tribunal está obligado a contestar a cuantos planteamientos prejudiciales se le formulen, debiendo ser la suya una respuesta útil.
- 2) Ahora bien, existe una serie de supuestos derivados de la jurisprudencia del Tribunal que excepcionan dicha regla y que son:
  - a) La incompetencia manifiesta de la Corte comunitaria para conocer del asunto.
  - b) La no existencia de un litigio real.
  - c) La falta de remisión por parte del juez interno de los elementos de hecho, o de derecho, indispensables para que el Tribunal de Justicia dé una respuesta útil.
  - d) Que la cuestión planteada resulte impertinente. Esto es, que no guarde relación con la realidad, que no sea objetivamente necesaria o que tenga carácter general o hipotético.

En resumen, la regla general es la admisión y la inadmisión se convierte en excepción, siempre y cuando concurra alguna de las causas o motivos tasados fruto de la jurisprudencia del Tribunal.

Pues bien, la Corte comunitaria no hace sino confirmar esta doctrina en la STJCE de 10 de noviembre de 2005, *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie*, As. C-316/04; la STJCE de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, As. C-144/04, y la STJCE de 1 de diciembre de 2005, *Burtscher*, As. C-213/04.

En la primera de ellas (STJCE de 10 de noviembre de 2005, *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie*, As. C-316/04) los motivos de inadmisión alegados por una de las partes (en este caso, el Gobierno Francés) son: a) que la información suministrada por el juez interno no es la mínima indispensable y b) que, en su opinión, la respuesta prejudicial no es necesaria para resolver el litigio principal.

En consecuencia, la petición prejudicial tendría carácter general o hipotético y, por tanto, debería declararse la inadmisión (apdo. 27 de la Sentencia).

Sin embargo, el juicio del Tribunal de Justicia (apdos. 31 a 34 de la Sentencia) es del todo distinto:

“31. En el presente caso, no resulta evidente que las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente se hallen en alguno de estos supuestos.

32. Por un lado, aunque el *College van Beroep voor het bedrijfsleven* no haya indicado en la primera parte de su primera cuestión los apartados del artículo 8 de la Directiva 91/414 a que se refiere, dicho órgano jurisdiccional ha suministrado al Tribunal de Justicia todos los elementos necesarios para que éste pueda darle una respuesta útil. En efecto, de la resolución de remisión se desprende de forma inequívoca que el *College van Beroep voor het bedrijfsleven* se refiere a los apartados 2 y 3 de dicho artículo 8, en cuanto conciernen a los productos fitosanitarios que contengan sustancias activas no incluidas en el anexo I de la Directiva y ya comercializadas dos años después de la fecha de notificación de ésta, así como al apartado 1 del artículo 23 de dicha Directiva, en cuanto establece un plazo para la adaptación del Derecho interno de dos años a partir de la fecha de notificación de la misma Directiva.

33. Por otro lado, no cabe sostener que la interpretación de la Directiva 98/8 no tiene ninguna relación con la realidad o el objeto del litigio principal o que el problema suscitado es de naturaleza hipotética, puesto que tanto de la resolución de remisión como de las observaciones del Gobierno neerlandés se desprende que el artículo 25d de la Bmw tiene por objeto dar cumplimiento no sólo a lo dispuesto en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 91/414, sino también a lo dispuesto en el artículo 16, apartado 1, de la Directiva 98/8.

34. Por tanto, procede admitir todas las cuestiones planteadas.”

## I. Derecho Comunitario

En la segunda de las sentencias antes citadas (STJCE de 22 de noviembre de 2005, Mangold, As. C-144/04), la causa de inadmisión esgrimida por la República Federal Alemana vuelve a ser la del carácter supuestamente ficticio, o artificial, del procedimiento principal.

El Abogado del Estado alemán fundamenta su postura (apdo. 32 de la Sentencia) en el hecho de que, en el pasado, la contraparte (el Sr. Helm) había mostrado su conformidad con la interpretación dada al precepto ahora discutido: el artículo 14, apartado 3º, de la TzBfG (en alemán, *Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen*) o Ley relativa al trabajo a tiempo parcial y a los contratos de trabajo de duración determinada, por la que se modifican y derogan determinadas disposiciones del Derecho laboral.

Por el contrario, el Tribunal de Justicia rechaza que tal causa de inadmisión (carácter ficticio o artificial del procedimiento principal) comparezca en el procedimiento concreto, y ello con base en la siguiente argumentación (apdo. 38 de la Sentencia):

“(…) en el asunto principal parece indudable que la interpretación del Derecho comunitario solicitada por el tribunal remitente responde efectivamente a una necesidad objetiva inherente a la solución de una controversia pendiente ante él. Las partes no discuten que el contrato se ha ejecutado efectivamente y que su aplicación plantea una cuestión de interpretación del Derecho comunitario. El hecho de que las partes del procedimiento principal estén de acuerdo sobre la interpretación del artículo 14, apartado 3, de la TzBfG no resta autenticidad al litigio”.

En la tercera y última de las sentencias antes anotadas (STJCE de 1 de diciembre de 2005, Burtscher, As. C-213/04), el Tribunal de Justicia examina un motivo de inadmisión diferente a los anteriores: la eventual falta de competencia de la propia Corte comunitaria.

Esta alegación, formulada por el Sr. Stauderer (demandado en el procedimiento principal), se fundamenta en el hecho de que la petición de pronunciamiento prejudicial presentada por el órgano jurisdiccional interno versa sobre una norma de Derecho nacional, y no de Derecho comunitario (apdos. 27 a 29 de la Sentencia). Siguiendo esta lógica, el Tribunal de Justicia debería declararse incompetente para conocer y dar respuesta a esta cuestión.

La respuesta del Tribunal de Justicia, poco dado a admitir alegaciones de inadmisibilidad y menos aun a declarar su propia incompetencia, es del todo contraria y viene formulada en los siguientes términos (apdos. 30 a 37 de la Sentencia):

“30. En lo que respecta a la supuesta falta de competencia del órgano jurisdiccional remitente, debe recordarse que al Tribunal de Justicia no le corresponde verificar si la resolución de remisión ha sido adoptada de acuerdo con las normas procesales y de organización del Derecho nacional (...).

31. Tampoco tiene competencia el Tribunal de Justicia para examinar si el litigio principal se planteó ante el órgano jurisdiccional remitente con observancia de las normas para determinar la competencia judicial contenidas en el Convenio de Bruselas, a no ser que

las condiciones de aplicación de tales normas constituyan precisamente el objeto de la remisión prejudicial (...).

32. El Tribunal de Justicia debe atenerse a la resolución de remisión dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, siempre que dicha resolución no haya sido anulada en el marco de un recurso previsto, en su caso, por el Derecho nacional (...).

33. En cuanto a los restantes motivos de inadmisibilidad invocados por el Sr. Stauderer, basados en la normativa nacional, es preciso recordar, por una parte, que, en virtud del artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre las cuestiones de Derecho comunitario que le planteen los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Dicho procedimiento no tiene por objeto la interpretación de disposiciones legales o reglamentarias nacionales. Las eventuales imprecisiones que contenga la descripción de las disposiciones nacionales en cuestión, realizada en su resolución de remisión por el órgano jurisdiccional nacional, no puede tener por efecto privar al Tribunal de Justicia de competencia para responder a la cuestión prejudicial planteada por dicho órgano jurisdiccional (...).

34. Por otra parte, tal como ha declarado este Tribunal de Justicia en reiteradas ocasiones, incumbe en principio exclusivamente a los tribunales nacionales apreciar, habida cuenta de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una cuestión prejudicial como su pertinencia (...).

35. De ello se desprende que las cuestiones planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia disfrutan de una presunción de pertinencia (...).

36. Pues bien, en el presente caso no resulta manifiesto que la interpretación del Derecho comunitario solicitada carezca de pertinencia para el órgano jurisdiccional remitente.

37. Vistas las consideraciones que anteceden, procede declarar la admisibilidad de la cuestión prejudicial.”

En resumen, y en lo que concierne a estas tres sentencias prejudiciales de interpretación referidas a los motivos de admisión, dos son las conclusiones que podemos extraer. La primera, que los motivos de admisión (o inadmisibilidad) prejudicial siguen siendo uno de los tópicos más frecuentemente utilizados por las partes para tratar de impedir los pronunciamientos prejudiciales. Y la segunda, que dichas alegaciones de inadmisión difícilmente prosperan, pues la jurisprudencia de la Curia comunitaria –con buen criterio– las sigue configurando como una excepción a la regla general de la admisión.

Por su parte, en lo atinente a las peticiones de reapertura de la fase oral del procedimiento, hay que citar la STJCE de 24 de noviembre de ATI EAC y otros, As. C-331/04.

## I. Derecho Comunitario

Antes de examinar el contenido y tenor de esta sentencia, conviene recordar que, en lo que respecta a la reapertura de la fase oral del procedimiento, ésta es una potestad procesal, cuyo ejercicio discrecional corresponde únicamente al Tribunal de Justicia y que se halla expresamente contemplada en el artículo 61 del Reglamento de Procedimiento, en virtud del cual: “El Tribunal, oído el Abogado General, podrá ordenar la reapertura de la fase oral del procedimiento”.

En otras palabras, las peticiones de reapertura de la fase oral del procedimiento prejudicial formuladas por las partes revisten carácter facultativo. Siendo el Tribunal de Justicia quien, oído el Abogado General y teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, decidirá acerca de su admisión o denegación.

Como ya hemos señalado en anteriores ocasiones, la jurisprudencia nos demuestra que el Tribunal de Justicia viene rechazando de manera sistemática este tipo de peticiones. Aun así, las partes no dejan de insistir en ello.

La STJCE de 24 de noviembre de ATI EAC y otros, As. C-331/04, compendia todo lo afirmado con anterioridad. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia deniega (apdo. 17 de la Sentencia) la petición de reapertura de la fase oral del procedimiento formulada por una de las partes interesadas. En este caso, ACTV Venezia SpA (en lo sucesivo, “ACTV”).

ACTV fundamentaba su petición (apdo. 15 de la Sentencia), en el hecho de que el Abogado General del procedimiento (Sr. D. Ruiz-Jarabo Colomer) no respondió en sus conclusiones a las principales cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional interno, por lo que desea formular nuevas alegaciones.

Sin embargo, el parecer del Tribunal de Justicia es del todo distinto. Una vez recordado (apdo. 16 de la Sentencia) que sólo a él le corresponde ordenar (de oficio, a propuesta del Abogado General o a instancia de una de las partes) la reapertura de la fase oral del procedimiento, estima que, en el presente caso (apdo. 17 de la Sentencia), tal medida puede excusarse, pues:

“el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, considera que dispone de todos los elementos necesarios para responder a las cuestiones planteadas y que tales elementos han sido objeto de debate ante él. Por consiguiente, debe denegarse la petición de reapertura de la fase oral.”

De esta manera, y pese a la insistencia de las partes, cabe afirmar que las peticiones de reapertura de la fase oral tienen pocas posibilidades de éxito.

Pero el Tribunal de Justicia no se ocupa tan sólo de los motivos de admisibilidad y de dar respuesta a las peticiones de reapertura de la fase oral del procedimiento. También aborda otros contenidos.

Entre ellos, alguno tan poco usual como el ámbito de competencia territorial y prejudicial del Tribunal de Justicia.

En efecto, éste es un asunto poco tratado ya que, en la gran mayoría de los casos, resulta evidente que la cuestión prejudicial planteada lo es por parte de un órgano jurisdiccional perteneciente a la Unión y que aplica Derecho Comunitario.

Sin embargo, ello no es siempre tan evidente, como la **STJCE de 8 de noviembre de 2005, Jersey Produce Marketing Organisation, As. C-293/02** se encarga de demostrar.

A este respecto, conviene comenzar afirmando que la competencia territorial del Tribunal de Justicia coincide con la del ámbito de aplicación territorial de los Tratados, si bien con las matizaciones expresamente previstas en estos últimos y en sus normas de reforma.

Siendo cierto lo anterior, y con carácter previo a la respuesta prejudicial, el Tribunal de Justicia debe verificar que el órgano de remisión pertenezca a la Unión Europea y que aplique Derecho Comunitario. De lo contrario, tanto el juez nacional remitente, como el Tribunal de Justicia destinatario, estarían extralimitándose en su competencia.

Generalmente, y como ya señalábamos más arriba, éste es un asunto de importancia menor, pues, en la mayoría de los casos, el hecho de que el órgano jurisdiccional nacional pertenece a la Unión y que aplica en sus resoluciones Derecho Comunitario resulta indubitable.

Sin embargo, la STJCE de 8 de noviembre de 2005, *Jersey Produce Marketing Organisation, As. C-293/02* antes citada, nos demuestra que siempre hay excepciones.

En este caso concreto, el Tribunal de Justicia se ve obligado a examinar su propia competencia territorial con carácter previo. La razón es que el órgano de remitente es la *Royal Court of Jersey*. Esto es, un órgano jurisdiccional perteneciente a una de las Islas del Canal de la Mancha, las cuales están sometidas a un régimen particular en lo referente a la aplicación de los Tratados. Por este motivo, se plantean serias dudas acerca de si la *Royal Court of Jersey* puede considerarse, o no, como un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y, consecuencia, sobre si puede hacer uso del mecanismo prejudicial y si el Tribunal de Justicia es competente para responder.

Debido a la complejidad y singularidad de este caso, nos hemos permitido reproducir literalmente aquellos apartados de la Sentencia en los que se dirime esta cuestión. A saber, apdos. 42 a 54.

“42. De las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente en el marco del presente asunto se desprende que Jersey es una dependencia semiautónoma de la Corona Británica, la cual está representada en Jersey por el *Lieutenant Governor*. El Gobierno del Reino Unido es, por cuenta de la Corona, responsable de la defensa y de las relaciones internacionales (...).

## I. Derecho Comunitario

43. Jersey no forma parte del Reino Unido. Con arreglo al artículo 299 CE, apartado 4, es un territorio cuyas relaciones exteriores asume aquel Estado miembro.

44. No obstante lo dispuesto en el apartado 4, a tenor del cual las disposiciones del Tratado se aplicarán a tales territorios, el artículo 299 CEE, apartado 6, letra c), prevé que las disposiciones del Tratado sólo serán aplicables a las islas del Canal y a la isla de Man en la medida necesaria para asegurar la aplicación del régimen previsto para dichas islas en el Tratado de adhesión de 1972. El régimen particular al que se refiere dicha disposición se desarrolla en el Protocolo núm. 3.

45. Procede recordar, en primer lugar, que el Tribunal de Justicia ha declarado con anterioridad que, del mismo modo en que la distinción entre los ciudadanos de las islas del Canal y los demás ciudadanos británicos no puede asimilarse a la diferencia de nacionalidad entre los nacionales de dos Estados miembros, los demás elementos del estatuto de las islas del Canal tampoco permiten considerar que las relaciones entre estas islas y el Reino Unido son similares a las que existen entre dos Estados miembros (...).

46. En segundo lugar, procede señalar que, según el tenor literal del artículo 1, apartado 1, del Protocolo núm. 3, la regulación comunitaria en materia aduanera y en materia de restricciones cuantitativas se aplicará a las islas del Canal y a la isla de Man 'en las mismas condiciones que al Reino Unido'.

47. Semejante tenor literal sugiere que, a efectos de la aplicación de la referida regulación comunitaria, deberá considerarse que, en principio, el Reino Unido y las islas constituyen un solo Estado miembro.

48. Lo mismo cabe decir de la precisión que figura en el artículo 1, apartado 2, párrafo primero, del Protocolo núm. 3, que se refiere a las exacciones reguladoras y otras medidas a la importación previstas por la regulación comunitaria y 'aplicables por el Reino Unido'.

49. A este respecto cabe señalar que tal interpretación del artículo 1 del Protocolo núm. 3 ha inspirado asimismo la acción del legislador comunitario.

50. Y así, del artículo 3, apartado 1, del Reglamento núm. 2913/92 se desprende que el territorio del Reino Unido constituye, junto con el de las islas del Canal y la isla de Man, uno de los componentes del territorio aduanero comunitario.

51. Del mismo modo, el artículo 1, apartados 1 y 2, del Reglamento núm. 706/73 indica que la regulación comunitaria cuya extensión a las referidas islas prevé dicha disposición es la regulación 'aplicable al Reino Unido' y que, a los efectos de tal aplicación, 'el Reino Unido y las Islas serán considerados como un solo Estado miembro'.

52. Contrariamente a lo que sugiere JPMO, no se opone a tal interpretación la precisión que figura en el artículo 1, apartado 1, del Protocolo núm. 3, según la cual los derechos de aduana y las exacciones de efecto equivalente se reducirán progresivamente según el

ritmo previsto en el Acta de adhesión entre las islas de que se trata 'y la Comunidad en su composición originaria' y entre dichas islas 'y los nuevos Estados miembros'.

53. En efecto, habida cuenta en particular de la precisión antes mencionada que figura en la misma disposición y según la cual la regulación comunitaria de que se trata se aplicará a las islas del Canal y a la isla de Man 'en las mismas condiciones que al Reino Unido', la referencia que en esa misma disposición se hace a 'los nuevos Estados miembros' debe entenderse hecha al Reino de Dinamarca y a Irlanda, con exclusión del Reino Unido. Esta conclusión viene corroborada, además, por el hecho de que, como se acaba de recordar, la referencia en cuestión figura en una frase cuya única finalidad es prever la supresión progresiva de los derechos de aduana y de las exacciones de efecto equivalente que existían en el momento de la adhesión de 1972. Ahora bien, consta que en aquella época los intercambios de mercancías entre el Reino Unido y las referidas islas no estaban sujetos a derechos de aduana.

54. De las precisiones anteriores en su conjunto se desprende que, a los efectos de la aplicación de los artículos 23 CE, 25 CE, 28 CE y 29 CE, las islas del Canal, la isla de Man y el Reino Unido deben asimilarse a un Estado miembro.”

En buena lógica, si la Islas del Canal deben asimilarse a un Estado miembro, y la Isla de Jersey pertenece a las Islas del Canal, la Isla de Jersey debe asimiliarse a un Estado miembro. De donde se deriva, a su vez, que sus órganos jurisdiccionales también son —por asimilación— órganos jurisdiccionales de un Estado miembro y, en última instancia, que la *Royal Court of Jersey* puede plantear la cuestión prejudicial y el Tribunal de Justicia contestarla.

Verdaderamente, el problema de fondo es otro: la dificultad para determinar con precisión el ámbito de aplicación espacial o territorial de los Tratados y, consecuentemente, el ámbito de competencia territorial del Tribunal de Justicia. Temática en la que no debemos, ni podemos entrar.

Por último, y para poner punto y final al elenco de pronunciamientos prejudiciales interpretativos de este período, debemos citar la **STJCE de 19 de enero de 2006, Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, As. C-330/02**.

Y decimos citar, porque en realidad ésta es una sentencia carente de interés para nosotros, salvo por el hecho de ser una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español. Algo que no es demasiado habitual.

Por lo demás, baste decir que la cuestión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 3, párrafo primero, letra a), y 4, apartado 1, de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años; así como de los artículos 39 y 43 del TCE.

## I. Derecho Comunitario

Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos y la Administración del Estado, en relación con la solicitud presentada por el Sr. Imo, de nacionalidad italiana. Dicho ciudadano italiano se encontraba en posesión de un título de Ingeniero Civil con especialidad en hidráulica expedido en Italia, y deseaba que se le autorizase a acceder a la profesión de ingeniero de caminos, canales y puertos en España.

Junto a todas las anteriores sentencias prejudiciales de interpretación, el Tribunal de Justicia también se ha ocupado de dar respuesta durante este período a diferentes *cuestiones prejudiciales de validez*.

En lo que concierne a este segundo grupo de cuestiones prejudiciales, y a las cuestiones prejudiciales mixtas (esto es, aquellas en las que se interroga al Tribunal acerca, tanto de la validez, como de la interpretación de una norma o precepto de Derecho Comunitario), tan sólo cabe señalar: a) el hecho de que su número ha sido más elevado de lo habitual y b) que en todos los casos, el Tribunal de Justicia no ha apreciado motivo alguno para declarar la invalidez de las normas comunitarias o preceptos invocados por las partes.

Las SSTJCE de 10 de enero de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze*, As. C-222/04; de 10 de enero de 2006, *Air Transport Association* y otros, As. C-344/04; de 12 de enero de 2006, *Agrarproduktion Staebelow*, As. C-504/04; de 15 de diciembre de 2005, *Unicredito Italiano*, As. C-148/04, y de 12 de enero de 2006, *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht*, As. C-311/04, pertenecen a esta segunda categoría de cuestiones prejudiciales.

No obstante, ninguna de ellas merece ser objeto aquí de comentario, pues nada nuevo aportan a lo señalado anteriormente con carácter general.

### Medidas cautelares

La STJCE de 6 de diciembre de 2005, *ABNA* y otros, As. Ac. C-453/03, C-194/04, C-12/04 y C-11/04 (en adelante, “Sentencia ABNA y otros”) constituye un *rara avis* en lo que a medidas cautelares se refiere.

En primer lugar, porque no es habitual hallar una sentencia del Tribunal de Justicia que aborde la temática cautelar. Y en segundo, porque lo es aun menos que dicha sentencia innove lo más mínimo, como sí ocurren en este caso. Probablemente, ello explica la extensión de la misma, así como el hecho de que haya sido dictada por el Pleno del Tribunal de Justicia.

Nos encontramos pues, ante una sentencia sumamente destacada y destacable que merece toda nuestra atención.

Antes de entrar a examinar su contenido, conviene puntualizar que la Sentencia ABNA nos interesa tan sólo en parte, pues sólo un fragmento de su contenido hace referencia a la temática cautelar.

En efecto, la Sentencia ABNA y otros es, como se deduce de su propio enunciado, un pronunciamiento prejudicial que tiene su origen en la acumulación de hasta cuatro procedimientos diferentes de tal carácter. A saber, el As. C-453/03, el As. C-11/04, el As. C-12/04 y el As. C-194/04, y de los cuales tan sólo este último nos atañe. A su través, se interroga al Tribunal de Justicia acerca de la tutela cautelar del Derecho Comunitario.

En concreto, el órgano jurisdiccional remitente plantea la siguiente pregunta (apdo. 39 de la Sentencia):

“Si se cumplen los requisitos con arreglo a los cuales un juez nacional de un Estado miembro puede suspender la aplicación de un acto de las instituciones comunitarias que ha sido impugnado y, en particular, un juez nacional del mismo Estado miembro ha planteado al Tribunal de Justicia la cuestión de la validez del acto impugnado, ¿están facultadas también las autoridades nacionales competentes de los demás Estados miembros, sin que se haya dictado una resolución judicial, para suspender la aplicación del acto impugnado hasta que el Tribunal de Justicia (...) se pronuncie sobre su validez?”

En otras palabras, puesto que los órganos judiciales disponen de la posibilidad de suspender cautelarmente una norma de Derecho Comunitario bajo una serie de condiciones, ¿sería posible reconocer esa misma potestad a otras autoridades no judiciales de los Estados miembros (por ejemplo, Administraciones públicas), cuando se cumplan esas mismas condiciones? A juicio del órgano jurisdiccional remitente, existirían razones de economía procesal que justificarían el planteamiento de dicho interrogante.

A nuestro juicio, se trata ésta de una cuestión ardua y difícil que plantea no uno, sino dos elementos sobre los que se debería reflexionar. El primero, el hecho de si la distinta naturaleza de unos (órganos jurisdiccionales) y otras (autoridades administrativas no judiciales) resulta relevante a la hora de admitir la puesta en marcha del mecanismo cautelar. Y el segundo, si las eventuales razones de economía procesal alegadas por una de las partes (Nevedi, en el apdo. 101 de la Sentencia) justificarían que se optase por extender la facultad de suspensión cautelar a las autoridades administrativas nacionales.

A este respecto, y antes de conocer cuál ha sido el parecer expresado por el Tribunal de Justicia en torno a este tema, conviene recordar lo siguiente.

Primero, que la tutela cautelar del Derecho Comunitario por parte de los jueces y autoridades nacionales, forma parte integrante de los principios ordenadores de las relaciones entre el Derecho Comunitario y los Derechos internos.

Y segundo, que en virtud de la jurisprudencia *Foto-Frost*, *Factortame* y *Zuckerfabrik*:

a) Cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede suspender, con carácter cautelar, la aplicación de una norma interna que contravenga lo establecido en una norma

## I. Derecho Comunitario

de Derecho Comunitario; incluso allí donde no está facultado para ello, según las leyes procesales y procedimentales internas.

b) Cualquier órgano jurisdiccional interno está facultado también, para inaplicar cauteramente una norma interna dictada en aplicación del Derecho Comunitario siempre que, además:

1°. El juez nacional albergue serias dudas sobre la validez de la norma comunitaria en cuestión.

2°. La suspensión que eventualmente pueda decretar el órgano jurisdiccional sea provisional y limitada a los aspectos discutidos.

3°. El juez interno plantee, previamente, la cuestión prejudicial de validez.

4°. El caso revista caracteres de urgente.

5°. La parte demandante se encuentre en situación potencial de sufrir un perjuicio grave o de imposible reparación.

6°. El interés de la Comunidad sea tenido debidamente en cuenta.

Hecho este recordatorio, ha llegado el momento de recoger el parecer del Tribunal de Justicia en torno a esta compleja cuestión.

El Tribunal de Justicia, después de sintetizar su jurisprudencia *Foto-Frost*, *Factortame* y *Zuckerfabrik* en términos muy similares a los arriba esgrimidos, responde a la cuestión planteada en los siguientes términos (apdos. 105 a 111 de la Sentencia):

“104. (...) el Tribunal de Justicia ha declarado que la aplicación uniforme del Derecho comunitario, que es una exigencia fundamental del ordenamiento jurídico comunitario, implica que la suspensión de la ejecución de actos administrativos basados en un reglamento comunitario, a la vez que depende de las normas de procedimiento nacionales por lo que respecta, en particular, a la presentación y a la sustanciación de la solicitud, debe sujetarse en todos los Estados miembros, por lo menos, a requisitos de concesión uniformes, idénticos a los aplicables en los procedimientos sobre medidas provisionales seguidos ante el Tribunal de Justicia (...)

105. En particular, el Tribunal de Justicia ha indicado que, para comprobar si se cumplen los requisitos relativos a la urgencia y al riesgo de que se produzca un perjuicio grave e irreparable, el juez de medidas provisionales debe examinar las circunstancias propias de cada caso y apreciar los elementos que permitan determinar si la ejecución inmediata del acto respecto al que se solicitan las medidas provisionales puede producir al demandante daños irreversibles, que no podrían ser reparados si el acto comunitario llegara a ser declarado inválido [sentencias, antes citadas, *Zuckerfabrik*, apartado 29, y *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft* y otros (I), apartado 41].

106. Como juez encargado de aplicar, en el ámbito de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario y, por tanto, al estar obligado a garantizar la plena eficacia del Derecho comunitario, el órgano jurisdiccional nacional al que se somete una solicitud de medidas provisionales debe tener en cuenta el menoscabo que la medida provisional puede producir en el régimen jurídico establecido por un acto comunitario en toda la Comunidad. Le corresponde tomar en consideración, por una parte, el efecto acumulativo provocado en el supuesto de que un gran número de órganos jurisdiccionales adoptaran también medidas provisionales por motivos análogos y, por otra parte, el carácter específico de la situación del solicitante que le diferencie de otros operadores económicos afectados [Sentencia Atlanta Fruchthandelsgesellschaft y otros (I), antes citada, apartado 44].

107. En especial, cuando la concesión de medidas provisionales pueda provocar un riesgo económico para la Comunidad, el órgano jurisdiccional nacional debe, además, poder imponer al demandante suficientes garantías, como la prestación de una fianza o la constitución de un depósito judicial [Sentencias, antes citadas, Zuckerfabrik, apartado 32, y Atlanta Fruchthandelsgesellschaft y otros (I), apartado 45].

108. A este respecto, es necesario señalar que las autoridades administrativas como aquellas de que se trata en el Asunto C-194/04 no pueden adoptar medidas provisionales respetando los requisitos definidos por el Tribunal de Justicia para su concesión.

109. En este contexto, ha de observarse, en particular, que el propio estatuto de dichas autoridades, por regla general, no puede garantizar que gocen del mismo grado de independencia e imparcialidad que los órganos jurisdiccionales nacionales. Además, no existe certeza de que tales autoridades apliquen el principio de contradicción que es propio del debate judicial, que permite oír las alegaciones presentadas por las distintas partes antes de ponderar los intereses del caso para adoptar una decisión.

110. Por lo que se refiere al argumento según el cual determinadas consideraciones relativas a la celeridad o al coste podrían justificar la necesidad de reconocer esta competencia a las autoridades administrativas nacionales, es preciso destacar que los órganos jurisdiccionales que resuelven sobre medidas provisionales, en general, pueden adoptar decisiones en plazos muy breves. En cualquier caso, un argumento basado en la celeridad o en el coste no puede ser determinante respecto a las garantías ofrecidas por los sistemas de tutela judicial establecidos por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

111. Por tanto, procede responder a la cuestión planteada que, aun cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro considere que se cumplen los requisitos con arreglo a los cuales puede suspender la aplicación de un acto comunitario y, en particular, cuando ya se haya sometido al Tribunal de Justicia la cuestión de la validez de este acto, las autoridades administrativas nacionales competentes de los demás Estados miembros no pueden suspender la aplicación de dicho acto hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre su validez. En efecto, corresponde únicamente al juez nacional, tomando en consideración

## I. Derecho Comunitario

las circunstancias concretas del supuesto de que se trate, comprobar si se cumplen los requisitos para la concesión de medidas provisionales.”

En suma, las autoridades administrativas de los Estados miembros no pueden hacer uso de la facultad contenida en el artículo 243 del TCE. Y ello, aun cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro considere que se cumplen los requisitos con arreglo a los cuales puede suspender la aplicación de un acto comunitario; y, en particular, cuando ya se haya sometido al Tribunal de Justicia la cuestión de la validez de este acto. Las autoridades administrativas nacionales deberán pues esperar a que el Tribunal de Justicia decida sobre la validez de la norma o acto discutidos.

Insistimos una vez más, en la enorme trascendencia que tiene este pronunciamiento. Pues, en su virtud, se delimita con mayor precisión, el alcance y contenido de la jurisprudencia *Foto-Frost*, *Factortame* y *Zuckerfabrik* al determinar que sólo los órganos jurisdiccionales pueden adoptar medidas cautelares de suspensión de actos nacionales de ejecución de normas comunitarias y no así las autoridades administrativas.

### 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 Tercera (llamada precisamente “Libre Circulación de Mercancías”) del Capítulo I (“Mercado Interior”) del Título III (“De la acción y las políticas interiores”) de la Parte III de la Constitución Europea (relativo a “De las Políticas y el funcionamiento de la Unión”), o lo que es lo mismo, los artículos III-36 a III-44 de la Constitución Europea. Por ello estimamos conveniente ofrecer la correspondencia numérica entre los artículos de los Tratados actuales y los de la Constitución Europea (que abreviaremos como CEU, en espera de que éste u otro acrónimo acabe por arraigar):

Tratado de la Comunidad Europea (TCE)	Texto de la Constitución Europea (CEU)
Artículo 23 TCE (ex 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 3 de noviembre de 2005 al 15 de febrero de 2006) no se han dictado dos Sentencias por parte del Tribunal en esta materia. La primera de ellas la **STJCE (Sala Primera) de 10 de noviembre de 2005, As. C-432/03, Comisión contra República Portuguesa**, en la cual se enjuicia una medida portuguesa que exceptuaba de la libre circulación de mercancías en lo referido a un determinado material de construcción (tubos de polietileno) dado que dicha medida no había sido comunicada a la Comisión.

La normativa aplicable al supuesto de hecho es la Directiva 89/106/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre los productos de construcción, en su versión modificada por la Directiva 93/68/CEE del Consejo, de 22 de julio de 1993. Según esta normativa, corresponde a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para garantizar que los productos destinados a las obras, puedan ser comercializados únicamente si son idóneos para el uso a que están destinados (la construcción).

Según la normativa interna portuguesa, la utilización de materiales de construcción nuevos con respecto a los cuales no exista suficiente experiencia práctica estaba subordinada al informe previo del Laboratorio Nacional de Engenharia Civil del Ministerio de Obras Públicas luso, no admitiéndose informes provenientes de otros Estados miembros. Más concretamente, y de conformidad con los Decretos del Ministerio de Obras Públicas de 2 de noviembre de 1970 y de 7 de abril de 1971, sólo pueden utilizarse en la red de distribución de agua los materiales plásticos homologados por el laboratorio portugués antes citado.

Según el TJCE, exigir la homologación previa de un producto para certificar su adecuación a un determinado uso, así como negarse a reconocer la equivalencia de los certificados emitidos en otro Estado miembro, limita el acceso al mercado del Estado miembro de importación y debe considerarse como una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación en el sentido del artículo 28 TCE (el TJCE cita, en este sentido, la **STJCE de 8 de mayo de 2003, ATRAL, C-14/02<sup>1</sup>**). Según reiterada jurisprudencia, una medida de este tipo sólo puede justificarse por alguna de las razones de interés general enumeradas en el artículo 30 TCE o por alguna de las exigencias imperativas reconocidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, con la condición, en particular, de que dicha medida sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vaya más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo (**SSTJCE de 22 de enero de 2002, Canal Satélite Digital, C-390/99<sup>2</sup>**; de 20 de junio de 2002, Radiosistemi, Asuntos Acumulados C-388/00 y C-429/00, y de 8 de septiembre de 2005, Yonemoto, C-40/04<sup>3</sup>).

(1) Esta Sentencia fue objeto de comentario en el número 21 de esta Revista (octubre de 2003); págs. 65 y 66.

(2) Esta Sentencia fue objeto de comentario en el número 15 de esta Revista (abril de 2002); págs. 52 y 53.

(3) Esta Sentencia fue objeto de comentario en los números 29 y 30 de esta Revista (octubre de 2005 y enero de 2006, respectivamente); págs. 95-96 y 68-69.

## I. Derecho Comunitario

Como ha declarado ya el TJCE, si bien un Estado miembro tiene la facultad de someter un producto que ya haya sido objeto de una autorización en otro Estado miembro a un nuevo procedimiento de control y de autorización, las autoridades de los Estados miembros están obligadas a contribuir a una reducción de los controles en el comercio intracomunitario. Esto implica que no pueden exigir innecesariamente análisis técnicos o químicos o ensayos de laboratorio cuando éstos ya se hayan realizado en otro Estado miembro y sus resultados estén a disposición de esas autoridades o puedan estarlo si lo solicitan (SS de 17 de diciembre de 1981, Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten, 272/80; y de 17 de septiembre de 1998, Harpergnies, C-400/96, Rec. p. I-5121, apartado 35).

Para el TJCE existe incumplimiento de las obligaciones comunitarias al no haber sido notificada esta medida a la Comisión. En concreto, Portugal incumplió las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 28 y 30 TCE, y en virtud de la Decisión núm. 3052/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1995, por la que se establece un procedimiento de información mutua sobre las medidas nacionales de excepción al principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad, al no haber tenido en cuenta certificados de homologación emitidos por otros Estados miembros en el marco de un procedimiento de homologación conforme al Reglamento general sobre construcción urbana, aprobado mediante Decreto-ley núm. 38/382, de 7 de agosto de 1951, sobre los tubos de polietileno importados de otros Estados miembros, y al no haber comunicado esta medida a la Comisión.

En segundo lugar, la **STJCE (Sala 1ª) de 24 de noviembre de 2005, As. C-366/04, Schwarz**, en la cual se resuelve una petición prejudicial planteada por un órgano judicial de Salzburgo (Austria), que versa sobre la interpretación de los artículos 28 a 30 TCE y la Directiva 93/43/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, relativa a la higiene de los productos alimenticios. Como es sabido, lo dispuesto en el artículo 28 TCE no será obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación justificadas, entre otros motivos, por razones de protección de la salud y de la vida de las personas y animales, siempre que tales prohibiciones o restricciones no constituyan un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.

El supuesto de hecho enjuiciado fue el siguiente: El Sr. Schwarz fue objeto de varias resoluciones administrativas de carácter sancionador adoptadas por el alcalde de Salzburgo, en las que se le imputaba la comercialización mediante máquinas expendedoras de diversos tipos de chicle no envasados, lo cual es contrario a las exigencias establecidas en el Reglamento relativo a la higiene de los artículos de confitería. El recurrente alegaba que el Reglamento relativo a la higiene de los artículos de confitería resulta incompatible con el Derecho comunitario y, en especial, con lo dispuesto en la Directiva.

Lo cierto es que la Directiva no regula la exigencia de envasado de los productos alimenticios despachados mediante máquinas expendedoras. Por consiguiente, las medidas nacionales referentes a esta cuestión no han sido armonizadas a nivel comunitario. En consecuencia, unas medidas nacionales de esta índole deben apreciarse a la luz de las disposiciones del TCE que regulan la libre circulación de mercancías.

La prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas afecta a cualquier medida que puede obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario (SS de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, 8/74; de 12 de marzo de 1987, *Comisión/Alemania*, denominada “Ley de pureza de la cerveza”, 178/84; de 23 septiembre de 2003, *Comisión/Dinamarca*, C-192/01<sup>4</sup>, y de 5 de febrero de 2004, *Comisión/Italia*, C-270/02<sup>5</sup>).

Según una reiterada jurisprudencia, una normativa nacional que obstaculice la libre circulación de mercancías no es necesariamente contraria al Derecho comunitario si puede justificarse por una de las razones de interés general enumeradas en el artículo 30 TCE o por una de las exigencias imperativas establecidas por la jurisprudencia del TJCE, en el supuesto de que la normativa nacional sea indistintamente aplicable (SS de 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral*, denominada “*Cassis de Dijon*”, 120/78, y *Comisión/Italia*, antes citada). Corresponde a los Estados miembros decidir qué grado de protección de la salud y de la vida de las personas pretenden garantizar, teniendo en cuenta, al mismo tiempo, las exigencias de la libre circulación de las mercancías dentro de la Comunidad (SS de 14 de julio de 1983, *Sandoz*, 174/82; de 25 julio de 1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivia*, *Asuntos Acumulados C-1/90 y C-176/90*; de 25 de mayo de 1993, *LPO*, C-271/92; *Comisión/Dinamarca*, ya citada, y de 2 diciembre de 2004, *Comisión/Países Bajos*, C-41/02<sup>6</sup>).

Las medidas adoptadas deben ser aptas para alcanzar uno o varios de los objetivos contemplados en el artículo 30 TCE, en el presente caso la protección de la salud pública, y proporcionadas, es decir, no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido (*STJCE Comisión/Bélgica*, C-373/92).

Por ello, el Tribunal considera conforme a Derecho la actuación de la Administración austríaca: Las disposiciones de los artículos 28 y 30 TCE y de la Directiva 93/43/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, relativa a la higiene de los productos alimenticios, no se oponen a una disposición nacional anterior a dicha Directiva por la que se prohíbe vender en máquinas expendedoras artículos de confitería sin envasar elaborados con azúcar natural o sucedáneos del azúcar.

## **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 3<sup>a</sup> (llamada precisamente “Libertad de prestación de servicios”) de la Sección 2 (“Libre circulación de personas y servicios”) del Capítulo I

(4) Esta Sentencia fue objeto de comentario en el número 22 de esta Revista (enero de 2004); págs. 69 y 70.

(5) Esta Sentencia fue objeto de comentario en el número 24 de esta Revista (julio de 2004); pág. 64.

(6) Esta Sentencia fue objeto de comentario en el número 27 de esta Revista (abril de 2005); págs. 89 y 90.

## I. Derecho Comunitario

(“Mercado Interior”) del Título III (“De la acción y las políticas interiores”) de la Parte III del Proyecto de Constitución Europea (relativo a “De las Políticas y el funcionamiento de la Unión”), o lo que es lo mismo, los artículos III-29 a III-35 del texto de la Constitución Europea. Por ello, ofrecemos una tabla de las equivalencias entre el texto del actual TCE y el nuevo texto de la Constitución Europea (que abreviaremos como CEU, en espera de que éste u otro acrónimo acabe por arraigar).

Tratado de la Comunidad Europea (TCE)	Texto de la Constitución Europea (CEU)
Artículo 49 TCE (ex 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 (3 de noviembre de 2005 al 15 de febrero de 2006), y tras unos meses de ausencia de producción jurisprudencial en materia de libre prestación de servicios, se han dictado dos Sentencias. La primera de ellas es la **STJCE (Sala 1ª) de 19 de enero de 2006 (As. C-244/04), Comisión contra Alemania**, que versa sobre el traslado de trabajadores para prestar determinados servicios, situación regulada por la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, que regula el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

A nivel estatal, el desplazamiento de trabajadores de países terceros está regulado en Alemania por la Ley de extranjería de 9 de enero de 2002, el Reglamento de desarrollo de la misma y una Circular de 15 de mayo de 1999 que el Ministerio de Asuntos Exteriores envió a todas las representaciones diplomáticas y consulares alemanas. Según esta legislación, quienes no posean la nacionalidad alemana necesitan un permiso de residencia que adopta la forma de un visado para entrar y permanecer en el territorio alemán.

Según jurisprudencia reiterada, el artículo 49 TCE exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, así como también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos (STJCE de 24 de enero de 2002, Portugaia Construções, C-164/99).

Una normativa nacional adoptada en un ámbito que no haya sido objeto de armonización comunitaria y que se aplique indistintamente a cualquier persona o empresa que ejerza

una actividad en el territorio del Estado miembro de que se trate puede estar justificada si responde a razones imperiosas de interés general y siempre que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que esté establecido, que la referida normativa sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo (STJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade* y otros, Asuntos Acumulados C-369/96 y C-376/96).

El TJCE ha reconocido a los Estados miembros la facultad de comprobar la observancia de las disposiciones nacionales y comunitarias en materia de prestación de servicios. Igualmente ha admitido las medidas de control que sean necesarias para comprobar el respeto de las exigencias justificadas por razones de interés general. Sin embargo, en la sentencia de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, el Tribunal declaró también que esos controles deben respetar los límites impuestos por el Derecho comunitario y no convertir en ilusoria la libertad de prestación de servicios. En estas circunstancias, debe examinarse si las restricciones a la libre prestación de servicios que se derivan de la práctica seguida por las autoridades alemanas están justificadas por un objetivo de interés general y, en su caso, si son necesarias para su consecución efectiva y si emplean para ello los medios adecuados (SS de 25 de octubre de 2001, *Finalarte* y otros, Asuntos Acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C68/98 a C-71/98<sup>7</sup>). La medida de control previo al desplazamiento ejercida por las autoridades alemanas excede de lo necesario para prevenir los abusos a que puede dar lugar el ejercicio de la libre prestación de servicios. Según jurisprudencia reiterada, las medidas de control adoptadas por los Estados miembros que restringen la libre prestación de servicios pueden estar justificadas siempre que respondan a razones imperiosas de interés general, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido. Por otro lado, por lo que se refiere a la salvaguarda de las prerrogativas de los Estados miembros en materia de acceso a su mercado laboral, debe recordarse que los trabajadores desplazados no pretenden acceder al mercado laboral del Estado miembro de desplazamiento (STJCE antes citada; *Finalarte*).

Por tanto, el Tribunal considera que Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TCE, al no limitarse a supeditar el desplazamiento de trabajadores de terceros Estados para efectuar una prestación de servicios en su territorio a una simple declaración previa de la empresa establecida en otro Estado miembro que pretende desplazar a sus trabajadores, y al exigir que éstos hayan sido contratados por dicha empresa con al menos un año de antelación.

Por último, la STJCE (Sala 1<sup>a</sup>) de 26 de enero de 2006 As. C-514/03, **Comisión contra España**, enjuicia el sistema español de reconocimiento de títulos de enseñanza superior en materia de seguridad privada. Concretamente se declara el incumplimiento español de la siguiente normativa comunitaria: en virtud, por una parte, de los artículos 43 y 49 TCE y la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan forma-

(7) Esta Sentencia fue objeto de comentario en el número 14 de esta Revista (enero de 2002); págs. 65, 67 y 68.

## I. Derecho Comunitario

ciones profesionales de una duración mínima de tres años, y de la Directiva 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48, al mantener en vigor las disposiciones de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, y del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, que imponen una serie de requisitos a las empresas extranjeras de seguridad privada para que puedan ejercer sus actividades en España, a saber, las siguientes obligaciones:

- revestir la forma de una persona jurídica;
- disponer de un capital social mínimo específico;
- depositar una fianza ante un organismo español;
- contratar una plantilla mínima, cuando la empresa en cuestión ejerza sus actividades en ámbitos distintos del de transporte y distribución de explosivos;
- que su personal posea una autorización administrativa específica expedida por las autoridades españolas, y al no adoptar las disposiciones necesarias para garantizar el reconocimiento de los certificados de competencia profesional para el ejercicio de la actividad de detective privado.

La actividad de los servicios de seguridad privada no ha sido objeto de armonización comunitaria. Ello significa que los Estados miembros siguen siendo competentes para definir los requisitos de acceso a dichas actividades. Sin embargo, están obligados a ejercer sus competencias respetando las libertades fundamentales del TCE (SS de 3 de octubre de 2000, Corsten, C-58/98<sup>8</sup>; de 1 de febrero de 2001, Mac Quen y otros, C-108/96<sup>9</sup>, y de 11 de julio de 2002, Gräbner, C-294/00). Conforme a la jurisprudencia del TJCE el actual artículo 49 TCE no sólo exige eliminar toda discriminación por razón de la nacionalidad en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir u obstaculizar de otro modo las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos (SS de 9 de agosto de 1994, Vander Elst, C-43/93, y de 29 de noviembre de 2001, De Coster, C-17/00<sup>10</sup>).

Las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las citadas libertades únicamente pueden justificarse si reúnen cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (SS de 31 de

(8) Esta Sentencia fue objeto de comentario en el número 10 de esta Revista (enero de 2001); págs. 52 a 54.

(9) Esta Sentencia fue objeto de comentario en el número 11 de esta Revista (abril de 2001); págs. 60, 68 y 69.

(10) Esta Sentencia fue objeto de comentario en el número 15 de esta Revista (abril de 2002); págs. 48-49, 53 y 54.

marzo de 1993, Kraus, C-19/92; de 4 de julio de 2000, Haim, C-424/97, y Mac Quen y otros, antes citada).

El Tribunal de Justicia ya tuvo ocasión de declarar que el requisito según el cual las empresas de seguridad privada deben revestir la forma de persona jurídica para poder ejercer sus actividades constituía una restricción contraria a los artículos 43 y 49 TCE (STJCE de 29 de abril de 2004, Comisión/Portugal, C-171/02).

En lo que respecta a la profesión de detective privado, el Reglamento español de Seguridad Privada exige que los interesados sean titulares de un diploma de detective privado. La obtención de este diploma exige poseer un determinado nivel de formación, haber cursado las enseñanzas programadas y haber superado las pruebas reglamentariamente establecidas. Si bien este diploma no es un “título” en el sentido estricto del término, ya que no requiere una formación de una duración mínima de un año, está incluido indudablemente en el concepto de “certificado de competencia” de la Directiva 92/51, ya que se expide a raíz de una valoración de las cualidades personales, de las aptitudes o de los conocimientos del solicitante, considerados fundamentales para el ejercicio de las profesiones de que se trata. Por tanto, la normativa española sí está incluida en el ámbito de aplicación de la citada Directiva. Pues bien, hay que señalar que no existe actualmente en España ningún sistema de reconocimiento mutuo de las cualificaciones profesionales relacionadas con la profesión de detective privado, en contra de lo exigido por la Directiva 92/51.

### 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 (3 de noviembre 2005 a 15 de febrero de 2006), se ha publicado una sola sentencia: **STJCE (Gran Sala) de 13 de diciembre de 2005, As. C-411/03, “SEVIC Systems”**, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano judicial alemán, en el marco de un recurso interpuesto por

## I. Derecho Comunitario

SEVIC Systems AG, empresa establecida en Alemania, contra una resolución de las autoridades alemanas por la que se desestimaba su solicitud de obtener la inscripción en el Registro Mercantil nacional de la fusión entre ella misma y otra empresa establecida en Luxemburgo, debido a que el Derecho alemán relativo a las transformaciones de las sociedades sólo prevé la fusión entre sociedades que tengan su domicilio social en Alemania. La inscripción de fusión fue denegada aduciendo que la normativa alemana únicamente preveía las fusiones entre sujetos de derecho con domicilio social en Alemania.

Para el Tribunal, si bien es cierto que las normas comunitarias de armonización son útiles para facilitar las fusiones transfronterizas, la existencia de tales normas de armonización no puede erigirse en requisito previo para la aplicación de la libertad de establecimiento de los artículos 43 y 48 TCE (Sentencia de 28 de enero de 1992, Bachmann, C-204/90).

No cabe excluir que existan razones imperiosas de interés general, como la protección de los intereses de los acreedores, de los socios minoritarios y de los trabajadores (STJCE de 5 de noviembre de 2002, Überseering, C-208/00<sup>11</sup>), así como la preservación de la eficacia de los controles fiscales y de la lealtad de las transacciones comerciales (STJCE de 30 de septiembre de 2003, Inspire artículo C-167/01<sup>12</sup>), que, en determinadas circunstancias y respetando ciertos requisitos, puedan justificar una medida que restrinja la libertad de establecimiento.

El hecho de denegar en un Estado miembro, la inscripción en el Registro Mercantil de una fusión entre una sociedad establecida en dicho Estado y una sociedad cuyo domicilio social esté situado en otro Estado miembro produce el resultado de impedir la realización de fusiones transfronterizas, a pesar de que los intereses no estén amenazados. En cualquier caso, tal norma va más allá de lo que es necesario para alcanzar los objetivos de proteger los citados intereses.

Por consiguiente, el Tribunal responde a la cuestión planteada que los artículos 43 y 48 TCE se oponen a que, en un Estado miembro, la inscripción en el Registro Mercantil nacional de la fusión por disolución sin liquidación de una sociedad y por transmisión universal de su patrimonio a otra sociedad se deniegue de manera general cuando una de las dos sociedades tenga su domicilio social en otro Estado miembro, mientras que una inscripción de ese tipo es posible, respetando ciertos requisitos, cuando las dos sociedades que participan en la fusión tienen su domicilio social en el territorio del primer Estado miembro.

### C) Libre circulación de trabajadores

#### a) Contenido jurídico

Como ya hiciera en la Sentencia 15 de septiembre de 2005, Comisión c. Dinamarca, As. C-464/02 (reseñada en el número anterior de esta Revista) el Tribunal de Justicia

(11) Esta Sentencia fue objeto de comentario en el número 19 de esta Revista (abril de 2003); pág. 96.

(12) Esta Sentencia fue objeto de comentario en el número 22 de esta Revista (enero de 2004); pág. 76.

ha vuelto a ocuparse de las restricciones que algunos Estados miembros imponen en la utilización de vehículos de empresa. En este sentido, la **STJCE de 15 de diciembre de 2005, Nadin, As. C-151/04 y c-152/04**, declara que el artículo 43 CE se opone a que una normativa nacional de un primer Estado miembro —en el supuesto, en concreto, se trataba de normativa belga— imponga a un trabajador por cuenta propia residente en dicho Estado miembro la obligación de matricular en él un vehículo de empresa puesto a su disposición por la sociedad para la que trabaja, establecida en un segundo Estado miembro, cuando dicho vehículo no esté destinado a ser utilizado esencialmente con carácter permanente en el primer Estado miembro ni, de hecho, sea utilizado de esta manera. En su argumentación, el Tribunal de Justicia se apoya fundamentalmente en la sentencia Comisión c. Dinamarca, antes citada.

Por su parte, la **STJCE de 19 de enero de 2006, Colegio de Caminos, Canales y Puertos, As. C-330/03**, aborda una cuestión relacionada con el reconocimiento de títulos. Más en concreto, estudia la posibilidad de un reconocimiento parcial y limitado de las cualificaciones profesionales. En este sentido, el litigio principal en el que se encuadra la cuestión prejudicial origen de esta sentencia es la solicitud de una persona que está en posesión de un título de Ingeniero Civil, con especialización en hidráulica, expedido en Italia, de reconocimiento de su título a efectos de poder acceder en España a la profesión de ingeniero de caminos, canales y puertos. Dicho reconocimiento fue concedido, si bien el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos recurrió la resolución correspondiente, insistiendo en la diferencia fundamental que existía entre la profesión de ingeniero de caminos, canales y puertos en España y la de ingeniero civil hidráulico en Italia, por lo que respecta tanto al contenido de la formación como a las actividades que abarca cada una de esas profesiones. Pues bien, en sede de casación, el Tribunal Supremo formula cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia preguntando si la Directiva 89/48 se opone a un reconocimiento limitado de las cualificaciones —por este reconocimiento limitado se entiende el que autorizaría al solicitante a ejercer su actividad de ingeniero tan sólo en el sector correspondiente (hidráulico) de la profesión, más general, de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos— y, si ello fuera así, si los artículos 39 y 43 del Tratado CE permiten que las normas internas de un Estado miembro excluyan esta posibilidad de reconocimiento limitado cuando la decisión implique imponer unas exigencias adicionales desproporcionadas para el ejercicio de la profesión propia.

Pues bien, el Tribunal de Justicia considera que la Directiva 89/48 no se opone a un reconocimiento limitado de las cualificaciones. Así, partiendo de que la Directiva ni autoriza ni prohíbe expresamente este reconocimiento parcial, concluye que el mismo ni es contrario a la lógica general de la Directiva ni es excluido por los objetivos de la misma.

En relación con la posibilidad de que un Estado miembro excluya la posibilidad de un acceso parcial a una profesión regulada, el Tribunal de Justicia considera que ello implicaría una restricción de la libertad de circulación que no cumpliría uno de los requisitos que exige la jurisprudencia para que sea justificable: iría más allá de lo necesario para alcanzar

## I. Derecho Comunitario

las razones de interés general que motivarían la medida (la protección de los consumidores). Y es que, en palabras del Tribunal de Justicia:

“Cuando la actividad en cuestión es objetivamente disociable del conjunto de las actividades que abarca la profesión de que se trate en el Estado miembro de acogida, hay que considerar que el efecto disuasorio que produce la exclusión de toda posibilidad de reconocimiento parcial de la cualificación profesional en cuestión es demasiado intenso para poder ser contrarrestado por el temor a la eventual vulneración de los derechos de los destinatarios de los servicios. En tal caso, el legítimo objetivo de la protección de los consumidores y de los demás destinatarios de los servicios puede alcanzarse con medios menos coercitivos, tales como, por ejemplo, la obligación de ostentar el título profesional de origen o el título de formación tanto en la lengua en la que ha sido expedido y según su forma original como en la lengua oficial del Estado miembro de acogida (apartado 38).”

### b) Límites

La **STJCE de 31 de enero de 2006, Comisión c. España, As. C-503/03**, ha declarado que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 a 3 de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública. El supuesto que origina la sentencia es la denegación de la entrada en el Espacio Shengen a dos nacionales argelinos, cónyuges de nacionales de un Estado miembro, motivada en que estas personas estaban incluidas en la lista de no admisibles del Sistema de Información de Shengen (en adelante SIS).

Como es sabido, la libre circulación de trabajadores puede verse limitada por razones de orden público, seguridad y salud pública (artículo 39.3 CE). La jurisprudencia del TJCE ha establecido, en primer lugar, que para justificar una medida restrictiva, la lesión del orden público ha de ser concreta (**STJCE de 26 de febrero de 1975, Bonsignore, As. 67/74**); en segundo lugar, el TJCE impuso que se exija a todos por igual el respeto de los valores lesionados por el comportamiento del trabajador migrante (**STJCE de 18 de mayo de 1982, As. 115 y 116/81**), y en tercer lugar, se ha señalado que el orden público sólo resulta lesionado ante una amenaza efectiva y suficientemente grave a uno de los intereses fundamentales de la sociedad (**STJCE de 27 de octubre de 1977, As. 30/77**). Pues bien, la declaración de incumplimiento de la STJCE de 31 de enero de 2006 está motivada en que no se cumple esta última condición. Y es que, para el Tribunal de Justicia, a la vista de que una inscripción en la lista de no admisibles del SIS puede basarse en la amenaza para el orden público desde el mismo momento en que el interesado haya sido condenado por una infracción sancionada con una pena privativa de libertad de al menos un año [apartado 2, letra a)] o cuando haya sido objeto de una medida basada en el incumplimiento de la normativa nacional relativa a la entrada o a la residencia de extranjeros (apartado 3), la mera inscripción no acredita que la presencia del interesado en el Espacio Shenguen constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad.

**D) Libre circulación de capitales****a) Comunicación de la adquisición de inmuebles**

El TJCE ha tenido ocasión de examinar de nuevo la compatibilidad con el Derecho comunitario de determinada legislación austriaca relativa a la adquisición de bienes inmuebles mediante la **STJCE de 1 de diciembre de 2005, Burtscher, As. C-213/04**. Con anterioridad, la STJCE de 15 de mayo de 2003, Salzmann, As. C-300/01 había analizado la Ley de Transmisión de Bienes Inmuebles de Vorarlberg, que pretende, en el marco de la política de ordenación del territorio, evitar que las actividades turísticas predominen en determinadas regiones. Dicha Ley exigía una autorización previa con efecto constitutivo de la autoridad competente en materia de bienes inmuebles para la adquisición de terrenos edificables pero no edificados. Ya las SSTJCE de 1 de junio de 1999, Konle, As. C-302/97 y de 5 de marzo de 2002, Reisch, As. Ac. C-515/99, C-519/99 a C-524/99 y C-526/99 a C-540/99 habían analizado dos regulaciones similares –la del Estado de Tirol y la del Estado de Salzburgo, respectivamente– y en ambas el Tribunal de Justicia había llegado a la conclusión de que la autorización previa constituía un obstáculo demasiado severo para la libre circulación de capitales. Pues bien, en la Sentencia Salzmann, el TJCE vuelve a considerar que vulnera el artículo 56 CE un régimen de autorización administrativa previa a una adquisición inmobiliaria.

Pues bien, en esta ocasión, el Tribunal de Justicia examina de nuevo la Ley de Vorarlberg, que ya no exige que los adquirentes obtengan una autorización previa de la autoridad competente en materia de transacciones inmobiliarias. En efecto, a partir de la entrada en vigor de la VGVG en su versión publicada en el LGBL 61/1993, la única obligación de los adquirentes es presentar a la mencionada autoridad, dentro del plazo de dos años, una declaración en la que conste que el terreno está edificado, si el adquirente es nacional austriaco o de un Estado miembro de la Unión Europea o del EEE y si la adquisición está destinada a residencia secundaria. No obstante, el Tribunal no es llamado a pronunciarse sobre el procedimiento de declaración en su conjunto, sino únicamente sobre la sanción prevista para el caso de presentación fuera de plazo, sanción que no es otra que la nulidad retroactiva de la compra-venta.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia considera que, en efecto, la medida es restrictiva de la libertad de capitales, pero, no obstante, persigue una finalidad de interés general (pues persigue un objetivo de ordenación del territorio) y no es discriminatoria. Aun así, la medida no es admisible, ya que no supera el filtro de la proporcionalidad. En efecto, dicha sanción se produce automáticamente, por el mero hecho de que haya finalizado el plazo para presentar la declaración obligatoria y con independencia de las razones a que obedezca el retraso en la presentación. En palabras del Tribunal de Justicia:

“Así pues, no cabe excluir, en principio, que un régimen de declaración previa, menos restrictivo para la libertad de los movimientos de capitales que un régimen de autorización previa, pueda complementarse con la imposición *a posteriori* de sanciones rigurosas lo sufi-

## I. Derecho Comunitario

cientemente disuasorias para que se respeten efectivamente los objetivos de la ordenación del territorio y del urbanismo.

No obstante, aun cuando una sanción como la controvertida en el litigio principal pueda admitirse en caso de infracción de las normas materiales contenidas en la legislación de que se trate, debidamente comprobada por la autoridad competente a la vista del conjunto de las circunstancias del expediente, tal sanción es excesiva en la medida en que deduce automáticamente consecuencias de la presentación fuera de plazo de la declaración, puesto que prohíbe a la autoridad competente examinar si, en cuanto al fondo, el proyecto de adquisición es conforme con las normas de urbanismo aplicables.

La presentación fuera de plazo de una declaración podría sancionarse con otras medidas cuyos efectos fueran más limitados, como es el caso de las multas. Por lo demás, el artículo 34 de la VGVG contiene una relación de hechos que justifican la imposición de sanciones pecuniarias. Del mismo modo, cabría plantearse la idoneidad de dar al interesado la posibilidad de explicarse sobre las razones de su retraso o de reconocer a la autoridad competente, especialmente cuando los derechos de los terceros no resulten afectados, la facultad de aceptar incluso una declaración presentada fuera de plazo, con tal de que concurran determinados requisitos, o la facultad de mantener la validez del contrato, asimismo con sujeción a determinados requisitos” (apartados 58 a 60).

### **b) Deducción del impuesto sobre dividendos reservada únicamente a los contribuyentes residentes**

Mediante la STJCE de 19 de enero de 2006, Bouanich, As. C-265704, el Tribunal de Justicia resuelve una cuestión prejudicial planteada en el marco de un litigio que enfrenta a una nacional francesa y accionista de una sociedad anónima sueca a la Administración fiscal sueca, en relación con la negativa de ésta a devolverle la totalidad del impuesto recaudado por la adquisición de sus acciones por la citada sociedad con el fin de reducir el capital social.

Las cuestiones que debe resolver el Tribunal de Justicia son dos: en primer lugar, si los artículos 56 y 58 CE permiten que, en el caso de reducción de capital social, el importe de la adquisición de acciones pagado a un accionista no residente se grave sin permitir la deducción de los gastos de adquisición, deducción que sí se permite a los contribuyentes residentes y, en segundo lugar, si la respuesta a esta cuestión sería diferente si este régimen fiscal resulta de un convenio para evitar la doble imposición que fija un límite máximo a la tributación de los dividendos de los accionistas no residentes inferior al aplicable a los accionistas residentes.

Pues bien, en primer lugar, el Tribunal de Justicia considera que una ventaja fiscal como la descrita es incompatible con el Derecho comunitario. Así, distingue entre el trato diferenciado permitido por el artículo 58 CE, apartado 1, letra a), y las discriminaciones arbitrarias prohibidas por el apartado 3 de este mismo artículo. Pues bien, según la jurisprudencia, para que una normativa fiscal nacional como la controvertida en el litigio principal, pueda considerarse compatible con las disposiciones del Tratado relativas a la

libre circulación de capitales, es preciso que la diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o resulte justificada por razones imperiosas de interés general (entre otras, Sentencias de 6 de junio de 2000, Verkooijen, C-35/98, apartado 43, y de 8 de septiembre de 2005, Blanckaert, C-512/03, Rec. p. I-0000, apartado 42). Y concluye que:

“los gastos de adquisición están relacionados directamente con el importe pagado por la compra de las acciones, de modo que los residentes y los no residentes están, a estos efectos, en una situación comparable. No hay una situación objetivamente distinta que pueda justificar una diferencia de trato sobre este extremo entre las dos categorías de contribuyentes” (apartado 40).

En relación con la segunda cuestión, es decir, si la respuesta sería diferente si este régimen fiscal resulta de un convenio para evitar la doble imposición que fija un límite máximo a la tributación de los dividendos de los accionistas no residentes inferior al aplicable a los accionistas residentes, el Tribunal de Justicia responde que es órgano jurisdiccional nacional el que debe comprobar, en el litigio del que conoce, si la aplicación del convenio conlleva un trato a los accionistas residentes que no es menos favorable que el de los residentes.

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) Cuestión de inconstitucionalidad.

a) Cuestión de inconstitucionalidad: admisibilidad (artículo 37.1 LOTC): el que sea posible una interpretación conforme a la Constitución de la norma cuestionada no impide el planteamiento de la misma. b) Cuestión de inconstitucionalidad: requisitos procesales (artículos 163 CE y 35.1 LOTC): debe suscitarse en el seno de una actuación jurisdiccional, aun cuando ésta no se desarrolle a través de un proceso en sentido técnico estricto; no reúnen tales notas las funciones de los Jueces encargados del Registro Civil que no son funciones jurisdiccionales. B) Recurso de amparo. a) Extemporaneidad (artículo 44.2 LOTC): El Tribunal Constitucional no debe pronunciarse sobre la improcedencia del incidente de nulidad de actuaciones si éste fue admitido a trámite en el proceso judicial previo. b) Comparecientes en el proceso de amparo (artículo 51.2 LOTC): quienes fueron parte en el proceso antecedente y son emplazados no pueden actuar como codemandantes ni formular pretensiones propias. c) Invocación por el Tribunal Constitucional de motivos distintos de los alegados en la demanda (artículo 84 LOTC): esta posibilidad tiene un límite que es la congruencia de la Sentencia con la pretensión. d) Subsidiariedad del recurso de amparo: orden secuencial del análisis de resoluciones en los recursos de amparo mixtos (artículos 43 y 44 LOTC). e) Legitimación para recurrir en amparo (artículo 46.1 LOTC): Voto particular que considera que el Abogado carece de legitimación activa sin el concurso del interesado. f) Subsidiariedad del recurso de amparo: impugnación de Sentencia y de Auto de desestimación del incidente de nulidad de actuaciones, debe considerarse en primer lugar la queja relativa al incidente de nulidad de actuaciones. 3. Conflictos competenciales. A) Administración de Justicia: la reserva estatal sobre Administración de justicia no es absoluta, debe respetar la asunción autonómica de competencias en el sector de la “administración de la Administración de Justicia”. Plantillas y relaciones de puestos de trabajo. Relevancia del conocimiento del

euskera para la provisión de ciertos puestos de trabajo: concurrencia de títulos competenciales. Regulación autonómica de un plus retributivo. B) Cooperativas de crédito: una concurrencia de títulos competenciales. C) Espacios naturales protegidos y competencias sobre medio ambiente: concurrencia de competencias autonómicas y estatales en un mismo espacio territorial. D) Competencias en materia de industria y seguridad industrial. Regulación de la Inspección Técnica de Vehículos (ITV): sustitución del régimen concesional por un régimen de autorización administrativa reglada.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el período objeto de la presente crónica, pueden destacarse sendos Autos que inadmiten cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por Jueces encargados del Registro Civil que se negaron a inscribir matrimonios de homosexuales ante la falta de los requisitos legalmente exigibles: tales jueces no ejercen funciones jurisdiccionales en procesos.

No cabe subrayar, en cambio, una aportación realmente relevante en materia de distribución de competencias. Todas las decisiones se enmarcan en líneas jurisprudenciales plenamente asentadas. Quizás lo más destacable sea la reaparición de problemas que no han sido totalmente resueltos, pese a la más que encomiable labor del Tribunal Constitucional, debido a la naturaleza concurrente de las competencias en ciertos espacios. Reaparecen así materias cuales son: la administración al servicio de la Administración de Justicia, y, en particular, la exigencia de lenguas cooficiales en la selección del personal en ese ámbito; las cooperativas de crédito, y los espacios naturales protegidos (Doñana). Tiene también interés la controversia competencial sobre la regulación de la Inspección Técnica de Vehículos (ITV) derivada de una medida de liberalización de esta actividad económica consistente en la sustitución del régimen concesional por otro de autorización administrativa reglada.

## 2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

### A) Cuestión de inconstitucionalidad

a) Cuestión de inconstitucionalidad: admisibilidad (artículo 37.1 LOTC): el que sea posible una interpretación conforme a la Constitución de la norma cuestionada no impide el planteamiento de la misma

La STC 273/2005, de 27 de octubre, reitera una consolidada doctrina sentada en la STC 105/1988, de 8 de junio, según la cual que sea posible una interpretación conforme a la

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

Constitución de la norma cuestionada no permite considerar a la cuestión de inconstitucionalidad como mal fundada. Pues el artículo 163 CE y el artículo 35 LOTC se limitan a exigir, como único requisito de fondo, que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, sin condicionar el planteamiento a la imposibilidad de una interpretación conforme a la Constitución de la ley. Y, si bien el artículo 5.3 LOPJ dice que “procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional”, tal regla no puede entenderse como limitativa del planteamiento de la cuestión en los términos contenidos en el artículo 37 LOTC, únicamente se ofrece a los Jueces y Tribunales la alternativa de llevar a cabo la interpretación conforme a la Constitución o de plantear la cuestión.

**b) Cuestión de inconstitucionalidad: requisitos procesales (artículos 163 CE y 35.1 LOTC): debe suscitarse en el seno de una actuación jurisdiccional, aun cuando ésta no se desarrolle a través de un proceso en sentido técnico estricto; no reúnen tales notas las funciones de los Jueces encargados del Registro Civil que no son funciones jurisdiccionales**

En la cuestión de inconstitucionalidad inadmitida mediante ATC 505/2005, de 13 de diciembre, la Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 y encargada del Registro Civil de Denia planteaba la posible inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 44 del Código Civil, añadido al citado precepto por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por el que se permite el matrimonio de personas del mismo sexo.

El Tribunal Constitucional recuerda que los presupuestos procesales para la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad son: a) que sea promovida por un órgano judicial; b) que se suscite en el seno o con ocasión de una actuación jurisdiccional, aun cuando ésta no se desarrolle a través de un proceso en sentido técnico estricto, y c) que el fallo que haya de dictar el órgano judicial dependa de la validez de la norma cuestionada. Sin embargo, el Auto de planteamiento resalta la interpretación flexible que el Tribunal Constitucional ha hecho en su jurisprudencia anterior del requisito de que la cuestión de inconstitucionalidad deba de plantearse “en algún proceso”. En efecto, en la STC 36/1991, de 14 de febrero, el Tribunal rechazó el óbice procesal del Abogado del Estado al considerar que los procedimientos seguidos ante los Juzgados de Menores son procedimientos que “se siguen ante órganos que ejercen la potestad jurisdiccional”; el Tribunal concluyó que “no cabe ninguna duda que actualmente los Jueces de Menores son miembros integrantes del Poder Judicial, por lo que son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

El tema volvió a plantearse en la STC 76/1992, de 14 de mayo, que resolvió diversas cuestiones de inconstitucionalidad promovidas en relación con la intervención del Juez de Instrucción prevista en los artículos 130 de la LGT de 1963 y 87.2 de la LOPJ, destinada a garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución

forzosa de los actos de la Administración. El Tribunal Constitucional rechazó también la objeción suscitada por el Abogado del Estado sobre la falta de legitimación del órgano judicial para plantear la cuestión, al no considerar relevante, a este respecto, la calificación o no de la actuación judicial prevista en los preceptos citados como “proceso en sentido técnico estricto”, pues “no puede negarse la legitimación para plantear las dudas de constitucionalidad (...) a un juez o Tribunal que ha de aplicar una ley en unas actuaciones en que, sea cual sea su naturaleza y forma de desarrollo, ejerce poderes decisorios”.

Sin embargo, en el Auto que ahora se comenta, el Tribunal Constitucional entiende que la función que desempeñaba la Magistrada en el procedimiento que dio origen a la cuestión de inconstitucionalidad (un expediente matrimonial para acreditar que quienes desean contraer matrimonio civil reúnen los requisitos de capacidad establecidos en el Código Civil) no era una función jurisdiccional, sino registral, en cuanto encargada del Registro Civil. Así se deduce expresamente del artículo 2 LOPJ y así lo afirmó expresamente la STC 56/1990, de 29 de marzo (entre otras). La función registral carece de la nota de independencia que caracteriza la función jurisdiccional, puesto que la estructura administrativa del Registro Civil depende funcionalmente del Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de quien puede recibir órdenes e instrucciones; y además, porque tales decisiones y resoluciones son recurribles ante un órgano gubernativo como es la Dirección General mencionada.

Tres **Votos Particulares** difieren de esta interpretación. Los Magistrados discrepantes consideran que la encargada del Registro Civil de Denia sí estaba legitimada para interponer la cuestión, puesto que su actuación era jurisdiccional, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 76/1992, ya mencionada. En esta Sentencia se hace una interpretación amplia del concepto de “proceso”, para incluir en él las actuaciones de los jueces en las que ejercen “poderes decisorios” en defensa de un derecho fundamental (artículo 117.4 CE). Las objeciones que plantean el Auto de la mayoría sobre la falta de independencia del juez encargado del Registro Civil y la posibilidad de interponer un recurso contra sus resoluciones ante un órgano administrativo (recurso previsto en la Ley –preconstitucional– y en el Reglamento del Registro Civil) no son estimadas por los Magistrados discrepantes como un obstáculo para la consideración de la actuación del juez como “jurisdiccional”. Es más, en su opinión, la posibilidad de que un órgano administrativo dé instrucciones a un juez y de que las resoluciones de éste sean recurribles ante aquél debe ser considerada, en sí misma, contraria a la Constitución y derogada por ésta, en cuanto supone una injustificable subordinación del Juez a la Administración, proscrita por el artículo 117.1 CE y por los principios básicos del Estado de Derecho.

La misma resolución y los mismos Votos Particulares se reiteran en el **ATC 508/2005, de 13 de diciembre**.

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

### B) Recurso de amparo

#### a) Extemporaneidad (artículo 44.2 LOTC): El Tribunal Constitucional no debe pronunciarse sobre la improcedencia del incidente de nulidad de actuaciones si éste fue admitido a trámite en el proceso judicial previo

En el recurso de amparo resuelto por la STC 246/2005, de 10 de octubre, los demandados alegaban la extemporaneidad de la demanda basándose en la improcedencia manifiesta del incidente de nulidad de actuaciones promovido por los demandantes de amparo ex artículo 240.3 LOPJ (actual artículo 241 LOPJ). El Tribunal estimó que no le correspondía pronunciarse sobre esta supuesta improcedencia, ya que dicho incidente fue admitido a trámite, analizado y resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, que era el órgano competente para resolverlo (SSTC 148/2003, de 14 de julio y 85/2005, de 18 de abril, entre otras).

#### b) Comparecientes en el proceso de amparo ex artículo 51.2 LOTC: quienes fueron parte en el proceso antecedente y son emplazados no pueden actuar como codemandantes ni formular pretensiones propias

La STC 295/2005, de 21 de noviembre, se pronuncia sobre el papel de los que se personan en el proceso a tenor del artículo 51.2 LOTC, una vez admitido a trámite el recurso (en este caso los comparecientes se adhirieron a las pretensiones del demandante de amparo y formularon pretensiones nuevas), para negar que puedan convertirse en codemandantes y pedir la reparación o la preservación de sus propios derechos fundamentales (AATC 308/1990, de 18 de julio, y 315/1995, de 20 de noviembre). Estima el Tribunal que lo contrario implicaría la admisión de recursos de amparo formulados de manera extemporánea, sin cumplir los presupuestos procesales de admisibilidad y la consiguiente irregular formulación de pretensiones propias, independientes del recurso de amparo ya admitido y al socaire de éste. El papel de los comparecientes en virtud del artículo 51.2 LOTC queda reducido a formular alegaciones y a que se les notifiquen las resoluciones que recaigan en el proceso.

#### c) Invocación por el Tribunal Constitucional de motivos distintos de los alegados en la demanda (artículo 84 LOTC): esta posibilidad tiene un límite que es la congruencia de la Sentencia con la pretensión

En el recurso de amparo concluido por STC 296/2005, de 21 de noviembre, el Ministerio Fiscal interesó que se otorgase el amparo a los recurrentes por una razón distinta de las alegadas en la demanda, pues consideró que se les habría vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías y, en concreto, con la garantía de la inmediación, según la doctrina que parte de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, dictada con posterioridad a la interposición de la demanda de amparo en cuestión. Solicitaba el Ministerio Fiscal la nulidad de la Sentencia impugnada con retroacción de “las actuaciones al momento de la citación para la vista para que, con citación de los acusados, se proceda a celebrar nueva vista en que se les oiga y se dicte sentencia respetuosa del derecho fundamental vulnerado”.

El Tribunal Constitucional considera que no puede acoger esta solicitud ni posibilitar su contradicción a través del cauce previsto en el artículo 84 LOTC. El límite para esta posibilidad es el de la congruencia con la pretensión exteriorizada en la demanda (SSTC 291/1993, de 18 de octubre, 159/2000, de 12 de junio). En este caso no se trata de alterar el argumento jurídico en virtud del cual se decide si la pretensión debe ser estimada, sino de una verdadera alteración de la pretensión que “convertiría al Tribunal en un órgano indebidamente activo” (STC 27/1986, de 19 de febrero).

**d) Subsidiariedad del recurso de amparo: orden secuencial del análisis de resoluciones en los recursos de amparo mixtos (artículos 43 y 44 LOTC)**

En la STC 297/2005, de 21 de noviembre, se resuelve un recurso de amparo de los denominados “mixtos” o ex artículos 43 y 44 LOTC, pues se impugna tanto una resolución administrativa sancionadora del Consejo de Ministros como las sentencias dictadas por la jurisdicción contencioso-administrativa confirmatorias de aquélla. De acuerdo con una línea jurisprudencial bastante consolidada, que intenta ser consecuente con el principio de subsidiariedad del recurso de amparo, el Tribunal comienza con el análisis de los vicios imputados a las resoluciones judiciales impugnadas puesto que, en caso de encontrarse fundadas, la consecuencia directa sería la devolución de los autos al momento en que debió ser dictada una resolución judicial respetuosa con los derechos fundamentales vulnerados (por todas, STC 172/2005, de 20 de junio). Tan sólo en el caso de que fuesen descartados estos motivos de amparo, el Tribunal debería enjuiciar la eventual vulneración constitucional imputable de manera originaria a la resolución administrativa sancionadora.

**e) Legitimación para recurrir en amparo (artículo 46.1 LOTC): Voto particular discrepante que considera que el Abogado carece de legitimación activa sin el concurso del interesado**

En la STC 303/2005, de 24 de noviembre, se desestima el recurso de amparo interpuesto por el Abogado de una inmigrante interceptada en una patera contra el Auto de inadmisión a trámite de la solicitud de *habeas corpus* presentada por aquél en interés de su cliente. Un Voto Particular, discrepa de la opinión mayoritaria, porque considera que el Tribunal Constitucional debió pronunciarse sobre la legitimación del Letrado que suscribe la demanda al interponerla en nombre de la afectada por la inadmisión a trámite del *habeas corpus*, teniendo en cuenta que no consta que esta última le hubiera conferido su representación, ni le hubiera encomendado la interposición de la demanda de amparo, ni se hubiera dirigido al Tribunal para demostrar su voluntad impugnativa. En defensa de su opinión, los Magistrados disidentes citan jurisprudencia constitucional previa y afirman que debió desestimarse la demanda de amparo por falta de legitimación activa del Abogado demandante. El mismo fallo y el mismo Voto Particular se reitera en las SSTC 315, 316, 317, 318, 319, 320 y 321/2005 (en dos de ellas con dos Votos Particulares coincidentes de los mismos Magistrados).

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

**f) Subsidiariedad del recurso de amparo: impugnación de Sentencia y de Auto de desestimación del incidente de nulidad de actuaciones, debe considerarse en primer lugar la queja relativa al incidente de nulidad de actuaciones**

En la STC 313/2005, de 12 de diciembre (*Caso Perote*) el demandante impugnaba tanto una Sentencia condenatoria de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo como el Auto de desestimación del incidente de nulidad de actuaciones ex artículo 240.3 y 4 LOPJ (actual artículo 241) en que se solicitaba la nulidad radical de aquélla. Con base en el principio de subsidiariedad del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional considera que el primer motivo a analizar es el referido a este incidente pues, si el recurrente tuviera razón y el Auto de desestimación del mismo estuviese viciado de inconstitucionalidad, este vicio comportaría la nulidad de lo actuado en el citado incidente y una retroacción en la causa que implicaría un sobrevenido carácter prematuro de la queja relativa a la Sentencia condenatoria de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional resuelve desestimar los motivos de impugnación del incidente de nulidad de actuaciones y, con él, el presente recurso de amparo, sin que proceda analizar los vicios que pudieran afectar a la Sentencia también recurrida.

### 3. CONFLICTOS COMPETENCIALES

**A) Administración de Justicia: la reserva estatal sobre Administración de justicia no es absoluta, debe respetar la asunción autonómica de competencias en el sector de la “administración de la Administración de Justicia”. Plantillas y relaciones de puestos de trabajo. Relevancia del conocimiento del euskera para la provisión de ciertos puestos de trabajo: concurrencia de títulos competenciales. Regulación autonómica de un plus retributivo**

En la STC 253/2005, de 11 de octubre, se resuelve un conflicto de competencias presentado por el Gobierno de la Nación contra un decreto del Gobierno Vasco por el que se aprueba un acuerdo con las organizaciones sindicales sobre modernización en la prestación del servicio público de justicia. El actor imputa la inconstitucionalidad de la regulación de plantillas y relaciones de puestos de trabajo por infracción del artículo 149.1.5 CE referido a la Administración de Justicia. También se alega este título competencial respecto a la regulación autonómica de un plus retributivo, que además supondría la vulneración de los límites contenidos en las leyes generales de presupuestos respecto a los incrementos salariales, lesionando, así, también el artículo 149.1.13 CE sobre bases y planificación general de la actividad económica.

El Tribunal considera que la controversia se centra en dos aspectos concretos: precisión de que las plantillas de los cuerpos al servicio de la Administración de justicia contengan determinadas “condiciones técnicas y requisitos esenciales” para el desempeño de sus puestos de trabajo, por una parte, y el establecimiento de un plus retributivo de cuantía variable, por la otra.

En el examen de la primera de las cuestiones el Tribunal procede, primero, al encuadramiento material del asunto para, a continuación, determinar el régimen competencial. La materia es sin duda la de Administración de Justicia, cuya doctrina constitucional se encuentra fundamentalmente en las SSTC 108/1986, 56/1990 y 62/1990 y en la que deben destacarse dos aspectos básicos. Por una parte, debe diferenciarse entre sentido amplio y sentido estricto en el concepto Administración de Justicia. La reserva estatal del 149.1.5 CE incluye: la unidad del Poder Judicial (a quien corresponde en exclusiva juzgar y hacer ejecutar lo juzgado); y el gobierno único del poder judicial (Consejo General del Poder Judicial). Junto a este núcleo básico existe un conjunto de medios personales y materiales que no se integran en él, pero que se colocan a su lado y sobre los que las CCAA pueden asumir competencias. La cláusula subrogatoria contenida en esta materia en los diferentes Estatutos de Autonomía supone aceptar este deslinde entre Administración de Justicia en sentido estricto y “administración de la Administración de Justicia”, donde asumen las CCAA unas competencias respetando el núcleo del artículo 149.1.5 CE.

Por otra parte, algunas CCAA han asumido competencias en la materia en virtud de las citadas cláusulas subrogatorias (v. gr., artículo 13.1 EAPV) que se encuentran sometidas a diversos límites según la citada jurisprudencia constitucional (STC 56/1990, FJ 6º): no lesionar el núcleo de la materia ni invadir funciones atribuidas a órganos del Estado por la LOPJ; respetar el límite territorial estricto de las competencias ejercidas; referirse a competencias de ejecución (simple y reglamentaria) con exclusión de las legislativas, y respetar la posible presencia de otros títulos competenciales estatales.

La regulación autonómica de las plantillas y relaciones de puestos de trabajo se incardina dentro de la materia “administración de la Administración de Justicia” en la esfera competencial asumida por la Comunidad Autónoma, sin prejuzgar el alcance de la competencia. El examen en concreto del Acuerdo y su compatibilidad con la Constitución requiere utilizar como parámetro de juicio la vigente LOPJ (modificada en el año 2003) y no la vigente en el momento de plantear el conflicto. En tal sentido, la actual LOPJ atribuye a las Comunidades Autónomas un importante papel en la determinación de sus propias necesidades de recursos humanos en sus ámbitos territoriales. Así, la regulación contenida en la LOPJ garantiza la unidad y homogeneidad de los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, sin perjuicio del reconocimiento de mayores competencias a las Comunidades Autónomas.

Examinando ya en concreto los preceptos impugnados se declaran constitucionales: la regulación de los requisitos esenciales relativos a la denominación del puesto, la provisión mediante concurso de méritos (porque ello no impide la realización de los concursos de ámbito nacional), la valoración de la experiencia en Administración de justicia, o la presencia de conocimientos especiales (informática propia del puesto, u otra formación dentro de la jurisdicción).

Mayores problemas plantea el requisito relativo al conocimiento del euskera como requisito esencial en la Administración de Justicia. El Tribunal Constitucional recuerda su juris-

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

prudencia anterior en la que califica esta cuestión como una competencia concurrente en la medida en que se encuentran en presencia los títulos competenciales estatales sustanciales relativos a administración de justicia y legislación procesal (artículo 149.1, apartados 5 y 6 CE), y los autonómicos relativos a la regulación del alcance inherente al concepto de cooficialidad (véase STC 56/1990 y la jurisprudencia allí citada). De esta jurisprudencia se deduce que la competencia para regular el uso de las lenguas en la Administración de Justicia corresponde al Estado en virtud del artículo 149.1, apartados 5 y 6, CE. Un ejercicio de competencia que se hizo a través del artículo 231 LOPJ. En efecto, el propio legislador orgánico ha previsto que el conocimiento de la lengua propia de la Comunidad Autónoma sea tenido en cuenta en la configuración de las relaciones de puesto de trabajo y en los concursos de traslado, aun no exigiendo el conocimiento específico de la misma a parte del personal al servicio de la Administración de Justicia (véanse los artículos 521.4 o 530 LOPJ).

Avanzando respecto a la STC 56/1990 en que se reconoció el carácter concurrente de las competencias en disputa, el Tribunal entiende que respecto a la exigencia del conocimiento de la lengua autonómica la cuestión esencial que debe valorarse es la proporcionalidad de tal exigencia en relación a la función que se va a desempeñar (proporcionalidad impuesta por el artículo 23.2 CE) tal y como se sostuvo en la STC 46/1991 respecto a la Administración Pública de la Generalidad de Cataluña.

Los preceptos estatales de la LOPJ citados guardan esa proporcionalidad, siempre y cuando las características específicas de los puestos en los que se concrete la exigencia del conocimiento del euskera satisfagan el principio de proporcionalidad e, igualmente, el Decreto del gobierno vasco (que establece expresamente que el conocimiento del euskera se convierta en requisito esencial “en determinados puestos”) es respetuoso con la distribución constitucional de competencias (en este punto se produce el disenso de un Magistrado que formula el correspondiente voto particular).

Entrando en las cuestiones relativas a las retribuciones y el plus acordado para el personal al servicio de la Administración de Justicia en el País Vasco, el Tribunal entiende que tal cuestión entra en el ámbito material de la “administración de la Administración de Justicia”, operando la regla del artículo 149.1.18 sólo de forma subsidiaria por tratarse de un personal especial cuya regulación se contiene en la LOPJ y sólo subsidiariamente en la regulación estatal de la función pública (artículo 474.1 LOPJ). El Tribunal recuerda que la competencia autonómica es sólo reglamentaria y de ejecución y que la doctrina esencial se encuentra en la STC 105/2000 por la que no se excluye que los entes territoriales puedan regular determinados aspectos del sistema retributivo, siempre que las normas estatales no sean cuestionadas, enervadas o alteradas en su aplicación. A partir de ello su análisis de la cuestión parte de la LOPJ y su regulación de las retribuciones (nueva como consecuencia de la Ley 15/2003 y la LO 19/2003) que establece los aspectos esenciales del sistema retributivo, y en concreto que los funcionarios de estos cuerpos nacionales “sólo podrán ser remunerados” por los conceptos establecidos en la ley.

En tal sentido se apunta que el contenido del Decreto Vasco no se aviene literalmente a los conceptos previstos en la LOPJ. Pero, dado que el citado texto es anterior a la modificación

de la LOPJ, es necesario valorar (“desde una perspectiva sustancialista y finalista”) si los objetivos retribuidos por el plus autonómico responden a las finalidades perseguidas por los nuevos conceptos de la LOPJ. Realizado tal examen, el TC entiende que tales pluses responden a los criterios establecidos en la LOPJ en su última redacción y por tanto no hay lesión competencial alguna a los poderes centrales.

### **B) Cooperativas de crédito: una concurrencia de títulos competenciales**

En la **STC 291/2005, de 10 de noviembre**, se resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Andalucía contra el artículo 54 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social que da nueva redacción al artículo 104 de la Ley 27/1999 de cooperativas. El Tribunal recuerda su doctrina respecto a cuál es el orden de distribución de competencias sobre las cooperativas en general, y sobre las cooperativas de crédito en particular, siguiendo tres ejes expositivos.

En primer lugar, en la materia (STC 155/1993) cooperativas de crédito “confluye una pluralidad de títulos competenciales cuya delimitación en abstracto presenta dificultades, pues el solapamiento y entrecruzamiento mutuo resulta ser especialmente intenso”. En segundo término, la ausencia de mención constitucional ha permitido su asunción por las CCAA ex artículo 149.3 CE, respetando la “legislación mercantil”. Y, en las STC 44/1984 y 165/1985, se contribuyó a precisar la distribución competencial a partir del límite territorial de las competencias autonómicas, y el efecto de tal limitación en el caso de las cooperativas. Por último, apunta el Tribunal que en este punto debe recordarse la obligación de que las competencias autonómicas se conjuguen con las estatales para la fijación de las bases de la ordenación del crédito.

En el enjuiciamiento del caso se destaca la doble naturaleza de las cooperativas de crédito: entidades crediticias y sociedades cooperativas. Doble naturaleza que se proyecta sobre el sistema de fuentes que rige su régimen jurídico. Así la competencia estatal deriva del artículo 149.1.11 en todo lo que no tenga carácter mercantil o laboral.

El Tribunal considera que no hay ninguna invasión competencial por parte del legislador estatal, ya que se refiere a las cooperativas de crédito como una clase más del género que constituyen las sociedades cooperativas y tampoco ignora la prelación de fuentes reguladoras de su régimen jurídico asentada previamente en la Ley 13/1989. El precepto impugnado reitera en lo sustancial la prelación de fuentes por razón de la materia que ya figura en la Ley 13/1989, restringiendo la ley estatal de cooperativas como Derecho Común a determinados supuestos supraautonómicos. De esta forma, sin incurrir en inconstitucionalidad, la norma impugnada reproduce y acota el sistema de prelación de fuentes reguladores del régimen jurídico de las cooperativas de crédito establecidos en el artículo 2 de la Ley 13/1989 que fue declarado básico por la STC 155/1993. Respecto a la no mención expresa por el legislador estatal del carácter básico de la norma, comparte el TC el reproche al legislador formulado por la Comunidad Autónoma actora, pero ello no le lleva a negar carácter básico a la citada norma.

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

### C) Espacios naturales protegidos y competencias sobre medio ambiente: concurrencia de competencias autonómicas y estatales en un mismo espacio territorial

En la STC 331/2005, de 15 de diciembre, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1999, de 27 de octubre, del espacio natural de Doñana. El Gobierno de la Nación entendía que existe una vulneración de las competencias en legislación básica sobre medio ambiente, porque la ley recurrida es de aplicación en un ámbito territorial declarado parque nacional, desconociendo la legislación básica de parques nacionales recogida en la Ley estatal 4/1989. Por su parte, la Comunidad Autónoma demandada consideraba que la norma tiene el amparo de la competencia en materia de espacios naturales protegidos y desarrollo legislativo y ejecución en materia de medio ambiente.

El Tribunal Constitucional procede al encuadramiento competencial a partir del sentido y finalidad de los títulos competenciales y de las normas impugnadas. La regulación tiene por objeto el área declarada “parque nacional”, por lo que debe incardinarse en las materias relativas a “espacios naturales protegidos” y “medio ambiente”. Materias, a su vez, alegadas por las partes por lo que no hay duda en este punto. Asimismo, antes de proceder al examen en concreto de los distintos preceptos impugnados, el Tribunal recuerda la necesidad de tener en cuenta la doctrina sentada en las SSTC 194/2004, 35/2005 y 36/2005 sobre las modificaciones introducidas a la Ley estatal 4/1989 para saber si las normas impugnadas infringen normas básicas. Segunda puntualización: también deben tenerse en cuenta las SSTC 81/2005, 100/2005 y 101/2005 que guardan estrecha relación con el objeto del presente conflicto.

Para resolver el asunto, lo primero que afronta el Tribunal es determinar si la Comunidad Autónoma tiene competencia para establecer un régimen jurídico protector de la biodiversidad de todo un espacio natural que además de la zona declarada como parque natural por la entidad territorial, incluye el área declarada “parque nacional” por el Estado, de forma que la normativa autonómica pueda ser de aplicación también en dicho parque nacional. La respuesta debe ser afirmativa, pero deberán respetar las normas básicas dictadas por el Estado (jurisprudencia ya clara, *vid.* STC 102/1995). El que el Estado pueda regular esta materia no implica que le quede reservado la regulación del completo régimen jurídico de esta forma de protección medio ambiental (parques nacionales).

La Comunidad Autónoma puede declarar protegido todo el “espacio natural de Doñana” en tanto no perturbe ni sustituya la competencia estatal para declarar parque nacional, cosa que no ocurre por declarar protegido todo espacio natural puesto que se limita a incluir el parque nacional en el área más extensa cuya protección se declara y ello sin que esta declaración ponga en cuestión en modo alguno el régimen jurídico básico de tal parque nacional.

Respecto a los preceptos reguladores de las Áreas de Influencia Socioeconómica, y en relación con estas áreas de desarrollo sostenible, el Tribunal ya ha fijado criterios en la STC 81/2005 en que se recomendaba que la delimitación de tales áreas y las ayudas para alcanzar las finalidades perseguidas se realizara de forma cooperativa entre Estado y la Comunidad Autónoma. Pero no resulta contrario al orden de distribución de competencias

que cada Administración elabore y aplique separadamente los planes que ellas mismas determinen. Por tanto ninguna tacha de inconstitucionalidad es aceptable porque no impiden en modo alguno al Estado el ejercicio de sus propias competencias o que, incluso, las coordine con las de la Comunidad Autónoma.

La discrepancia constitucional respecto de la constitucionalidad del Título II de la Ley regulador de los órganos de gestión, ha sido resuelta en la STC 194/2004, cuya doctrina se reitera en las SSTC 35/2005; 36/2005; 81/2005, 100/2005, y 101/2005. En concreto en la primera de las decisiones citadas se declaró inconstitucional el sistema de gestión conjunta entre el Estado y las entidades territoriales por no responder a las exigencias constitucionales, ni de la legislación básica, ni de las exigencias de cooperación o coordinación. Por ello procede a examinar la regulación autonómica conforme a esta doctrina. Así declara la constitucionalidad de la regulación del *equipo de gestión* y sus funciones como órgano encargado de la administración y gestión del espacio natural y del parque nacional. Otro tanto puede decirse del Consejo de participación (que realiza las funciones propias de los patronatos) que no conculca norma estatal básica alguna ni en su organización ni en sus funciones. Tan sólo declara inconstitucional la previsión en la que se atribuía al consejo de participación la aprobación de los planes sectoriales porque, como ya se señaló en la STC 164/2004, no cabe atribuir funciones ejecutivas a un órgano cuyas funciones son de propuesta. Éste es un órgano de cooperación de carácter deliberante y consultivo, pero las funciones administrativas han de ser ejercidas por los órganos administrativos de la comunidad competente pues éstas son indisponibles a irrenunciables. Esta posición es contestada en un Voto Particular en la que se destacan los rasgos distintivos de la regulación impugnada en este supuesto y los enjuiciados en la STC 1164/2004 (en los que concurría el que el Estado ejerciera una competencia que no ostentaba constitucionalmente) y entiende que el órgano al que se asigna la competencia es un órgano adscrito a la administración autonómica por lo que no se produce ninguna renuncia o abdicación de la propia competencia.

Respecto a la regulación autonómica de los instrumentos de planificación del espacio natural Doñana, el Tribunal se atiene a dos criterios esenciales: la doctrina constitucional sobre elaboración y aprobación de cada tipo de planes y sobre los criterios sustantivos que debe respetar cada uno de los planes. Así, reproduce los criterios de su doctrina constitucional establecidos en las SSTC 102/1995, FJ 13º y 194/2004, FJ 19º y recuerda que la misma condujo a atribuir a las Comunidades Autónomas la aprobación de los planes de ordenación de los recursos naturales y después, en aplicación del mismo criterio, a atribuir a estos entes la aprobación de los planes rectores de uso y gestión sin intervención previa de la comisión mixta de gestión (STC 194/2004). Pero este punto de partida debe completarse con tres precisiones respecto de estos últimos planes: deben ser informados previamente por el patronato y someterse a un período de información pública (STC 194/2004); tiene carácter básico la intervención mediante informe previo del patronato todo proyecto de obra que no figure en el citado plan (STC 194/2004); los planes aprobados por la CA deben respetar los preceptos básicos establecidos en el plan director de la red de parques nacionales (SSTC 194/2004 y 101/2005).

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

A partir de tales criterios enjuicia los preceptos autonómicos (FJ 13º) declarando la constitucionalidad de todos ellos. En definitiva, pues, el Tribunal sólo declara inconstitucional el artículo 16.7 de la ley impugnada.

### **D) Competencias en materia de industria y seguridad industrial. Regulación de la Inspección Técnica de Vehículos (ITV): sustitución del régimen concesional por un régimen de autorización administrativa reglada**

En la **STC 332/2005, de 15 de diciembre**, se resuelven varios recursos de inconstitucionalidad presentados por los Gobiernos catalán, asturiano, aragonés y castellano-manchego contra diversos preceptos del Decreto-Ley 7/2000, de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones y relativos a determinados aspectos del régimen jurídico de las Inspecciones Técnicas de Vehículos (ITV), sobre todo, al título administrativo que permite la participación de los particulares en la prestación de este servicio.

Tres vicios de inconstitucionalidad se imputan al decreto-ley: la violación de la reserva constitucional del artículo 86.1 CE por no existir extraordinaria y urgente necesidad y por afectar al régimen de las CC AA; una extralimitación competencial, derivada de la invasión de las competencias autonómicas en materia de industria, seguridad industrial y autoorganización administrativa, y una vulneración del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE). Centrándonos en el objeto de esta crónica, la controversia competencial, la novedad más importante introducida en la regulación objeto del recurso es la sustitución de un sistema de concesión administrativa por un sistema de autorización administrativa reglada en la prestación del servicio de ITV. La normativa pretende una liberalización del servicio permitiendo la entrada de particulares y estableciendo un sistema de precios máximos fijados por las Comunidades Autónomas.

Las Comunidades recurrentes alegan una violación de las competencias autonómicas en materia de industria y, concretamente, de seguridad industrial, puesto que no se regulan los requisitos técnicos que deben cumplir los vehículos a motor, sino la actividad de verificación de dichos vehículos, que es una actividad típicamente ejecutiva, no existiendo un título competencial estatal suficiente por no incidir las normas ni en la seguridad del tráfico (artículo 149.1.21) ni en la ordenación general de la economía (artículo 149.1.13). Son, precisamente, éstos los títulos alegados por el Estado.

El Tribunal apunta que ya ha señalado que, en el ámbito de la regulación de los vehículos a motor, inciden dos títulos competenciales distintos: el estatal relativo al tráfico y circulación de vehículos a motor (artículo 149.1.21 CE), y la seguridad industrial que está asumida por las Comunidades Autónomas. Su jurisprudencia ha diferenciado (STC 183/1996) entre la fijación de los requisitos técnicos para que los vehículos puedan circular, incluida en la materia tráfico del mencionado artículo 149.1.21, y la verificación del cumplimiento de dichos requisitos, incluida en la materia de industria, que puede ser objeto de la competencia autonómica. Se ha considerado así que para incluir una regulación en la materia de circulación de vehículos debe existir una incidencia directa, de manera que la ejecución material de las ITV, así como la verificación del cumplimiento de las homologaciones forman parte de las competencias autonómicas (STC 14/1994).

Pero la ejecución material en el sector de la ITV por las Comunidades Autónomas no es cuestionada por los preceptos impugnados. Lo que se discute realmente es la imposición de la autorización administrativa reglada como título habilitador necesario para que los particulares puedan prestar el servicio de ITV y en la remisión reglamentaria para determinar los requisitos que deben cumplir las instalaciones de ITV para ser automáticamente autorizadas. Ambas cuestiones se analizan por separado.

Respecto a la imposición de la autorización administrativa reglada como título habilitador necesario para que los particulares puedan prestar el servicio de ITV, el Tribunal comienza descartando que aquí pueda alegarse el artículo 149.1.21 (la solvencia técnica y económica de los prestadores del servicio no dependen en absoluto del título administrativo para prestar el servicio, sino del cumplimiento de los requisitos establecidos por el Estado) y enjuicia la aplicabilidad del artículo 149.1.13. Este título competencial ciertamente ha de ser interpretado restrictivamente dado su carácter horizontal. No obstante, el Tribunal considera que este título es aplicable puesto que, determinar que el servicio de ITV puede ser prestado directamente por la Comunidad Autónoma, por sociedades de economía mixta o por los particulares, constituye una norma ordenadora de la actividad económica concreta dictada en el ejercicio de su competencia para ordenar la economía. El que tal norma se proyecte sobre un sector concreto de la economía, y no sobre el conjunto, no obsta a la aplicabilidad del citado título.

Sin embargo, la determinación concreta de la técnica administrativa para la prestación del servicio de modo que las Comunidades Autónomas estén obligadas a conceder la autorización administrativa para dicha prestación con el solo cumplimiento de los requisitos técnicos previstos en la norma estatal, no puede considerarse básica sin lesionar las competencias autonómicas. Y ello porque, en primer lugar, carece del exigible carácter genérico de la medida, y por tanto susceptible de desarrollos diversos por los entes territoriales (las Comunidades Autónomas se verían limitadas a la verificación del cumplimiento de los requisitos técnicos sin ningún verdadero margen de apreciación).

El principal argumento del Estado era que esta medida pretendía liberalizar en todo el territorio una actividad económica de relevancia no desdeñable y por tanto obtener un objetivo de política económica del Gobierno. El Tribunal no se pronuncia sobre el impacto real de la medida en tanto las partes no aportan pruebas suficientes al respecto. En el caso del artículo 149.1.13, no puede aceptarse sin más la posición del Estado dada la necesidad de interpretar restrictivamente este título competencial.

Por otra parte, la competencia en materia de industria que corresponde a las CCAA les faculta para regular no sólo los procesos industriales, sino también para ordenar los sectores industriales lo que incluye el ejercicio de potestades normativas. La regulación del régimen jurídico que habilita a los particulares a prestar el servicio de ITV afecta directamente a la ordenación de este sector industrial, pues determina que las Comunidades Autónomas estén obligadas a otorgar la autorización administrativa sin poder tener en cuenta otros factores que consideren relevantes.

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

Se declara, pues, inconstitucional el precepto impugnado.

No ocurre lo mismo respecto a la remisión reglamentaria para la fijación de los requisitos técnicos exigibles que deben cumplir las instalaciones de ITV, puesto que este extremo sí puede asociarse directamente con la seguridad vial y resultar encuadrable en la competencia del artículo 149.1.21 sobre tráfico y circulación.

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. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** A) Informe sobre la “Revisión de los métodos de trabajo del TEDH”.

B) Introducción. C) Derecho a la vida (artículo 2). a) Desaparición de un periodista.

b) Investigación de la muerte de una persona durante su detención por colegas directos de los policías implicados. c) Imposibilidad de expulsión de un condenado a muerte.

D) Tratos inhumanos y degradantes (artículo 3). a) Imposibilidad de reencarcelar enfermos. Violación eventual o condicionada. b) Por motivos étnicos; gitanos de origen rumano en Grecia (artículos 3 y 14). E) Derecho al proceso equitativo. Condena basada en testimonios de menores que no ha podido interrogar (artículo 6). F) Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8).

a) Secreto de la correspondencia de los presos y derecho a presentar demandas individuales al Tribunal. b) Obligación positiva de los Estados de facilitar la investigación de paternidad. c) Expulsión de un extranjero “de segunda generación” autor de delitos leves. d) Otros aspectos de la vida familiar.

G) Libertad religiosa (artículo 9). Derecho a la instrucción incluye educación universitaria (artículo 2 protocolo 1º). Prohibición de velo islámico en Turquía. H) Libertad de información (artículo 10). a) Personas privadas en contacto con personajes públicos en asuntos de interés general. b) Excepcionalidad del secuestro de una publicación.

I) Libertad de reunión. Negativas reiteradas a la autorización de manifestaciones (artículo 11). J) Disolución de asociaciones (artículo 11). a) Partido sucesor de otro previamente disuelto que amenaza la integridad territorial. b) Disolución de una asociación antes de desarrollar actividades. K) Derecho a la propiedad privada. Configuración legal del derecho fundamental: las “condiciones previstas en las leyes” (artículo 1 Protocolo 1º).

a) Usucapión adquisitiva. b) Inmuebles nacionalizados durante el comunismo: leyes incoherentes que violan la seguridad jurídica. c) Cambio legal sobrevenido

en la cuantía de la indemnización. d) Revocación de una licencia bancaria como bien objeto del disfrute. L) Derecho a elecciones libres. Prohibición absoluta a los presos (artículo 3 Protocolo 1º). M) Libertad de circulación (artículo 4 Protocolo 2º). a) Zona de tránsito de los aeropuertos. b) Prohibición judicial de desplazamiento como medida cautelar. c) Discriminaciones a un ciudadano checheno. **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Tutela judicial efectiva y garantías en los procesos (artículo 24 CE). a) Acceso a la jurisdicción y reclamación económico-administrativa previa. b) Acceso a la jurisdicción: interpretación de los requisitos procesales. c) Juez imparcial: requisito de objetividad. d) Juez imparcial y derecho a la tutela judicial efectiva. e) Acceso a los recursos legalmente establecidos: inadmisión en sentencia. B) Libertad religiosa. (artículo 16 CE). No se ejerce falsificando pasaportes. C) Libertad personal (artículo 17.1 CE). a) Para el abono de reducciones de penas no es preciso reingresar en prisión. b) Inadmisión legítima de *habeas corpus* extranjeros internados pendientes de expulsión. D) Secreto de las comunicaciones. Falta de motivación de la intervención (artículo 18.3 CE). E) Libertad de expresión y libertad de información. Criterios de prevalencia (artículo 20.1 CE). F) Derecho de manifestación. Criterios para desautorizarlas (artículo 21 CE). G) Principio de legalidad (artículo 25.1 CE). a) *Non bis in idem* inexistencia en sanción disciplinaria y condena penal a un militar. b) Sanción a farmacéutica no contraria al principio de legalidad. c) Sanción a parlamentario sin cobertura en el Reglamento. H) Libertad sindical. Uso del correo electrónico (artículo 28.1 CE). I) Derecho de fundación. Desafección de bienes fundacionales compatible con su finalidad. Sentencia interpretativa (artículo 34 CE). **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** A) Gobierno en funciones y actos de dirección política. Denegación de un indulto. B) Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18.1 CE). a) Derecho al honor. Información con relevancia pública, veraz y no afrentosa. b) Honor profesional. C) Tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). a) Imposibilidad de aportar copia de la resolución impugnada e indefensión. b) Inadmisión de prueba e indefensión. D) Extranjería. a) Asilo. a') Reconocimiento del derecho de asilo. Persecución por terceros en Colombia. b') Persecución por razón de género. b) Nacionalidad. a') Buena conducta. Existencia de diligencias previas. Necesidad de articular prueba. b') Buena conducta. Diligencias previas canceladas. Auto de sobreseimiento provisional.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

c') Denuncia por malos tratos archivada. d') Residencia continuada. Compatibilidad con viajes esporádicos o necesarios.

#### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

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) Informe sobre la “Revisión de los métodos de trabajo del TEDH”

Hemos considerado relevante comenzar esta crónica dando noticia del **Informe** elaborado por Lord Woolf y otros, de diciembre de 2005, sobre la “**Revisión de los métodos de trabajo del TEDH**”, que aparece publicado en la página Web del Tribunal (<http://www.echr.coe.int/echr>). Es imposible sintetizarlo en esta crónica y baste con invitar a su lectura. Pero es necesario advertir que se constata la manifiesta sobrecarga de asuntos del Tribunal que, de no acometerse reformas, amenaza con desbordarlo en dilaciones estructurales indebidas: Hubo 44.100 casos en 2004 (eran sólo 4.750 en 1997 antes de la reforma procesal de 1998), y, en septiembre de 2005, existían ya 82.100 asuntos pendientes y se preveían unos 250.000 para el año 2010. A partir de estos datos se sugiere la adopción de una serie de medidas organizativas, con el límite impuesto al Informe de no modificar el Convenio, y, entre ellas, definir con más precisión los requisitos de las demandas; crear oficinas delegadas del Registro en los países que son demandados más habituales; favorecer la presentación de quejas ante los Ombudsman nacionales y métodos alternativos de solución de disputas y, entre ellos, una unidad de solución extrajudicial dependiente de la Corte; dictar con prioridad sentencias pilotos, no cuantificar indemnizaciones, remitiendo la solución a los tribunales nacionales, ...

No puede ocultarse que los españoles que hemos seguido la misma evolución en el Tribunal Constitucional tenemos la nada agradable sensación de haber visto ya esta película “La cifra de los amparos...” que no parece tener un final feliz. Las instituciones y el acceso directo de los justificables en materia de derechos humanos pueden acabar muriendo de éxito –como reconoce el propio Woolf– si no se afrontan serias reformas estructurales. Medio siglo después de la aprobación del Convenio son necesarias modificaciones de mayor calado tras la expansión de esta garantía a las nuevas democracias del Este. No en balde, el 50% de los asuntos se reparte entre media docena de países: Rusia, Turquía, Rumanía, Polonia y Ucrania. Si bien, viejas democracias consolidadas como Francia, Ale-

mania, Italia y el Reino Unido se mueven todavía entre un 5% y un 3%. España, en cambio, parece gozar de buena salud en la reparación de los derechos violados. En suma, no puede atajarse este desbordamiento —mucho nos tememos— únicamente con las medidas de ingeniería propuesta por el Informe, y, ciertamente, tampoco con el Protocolo 14 que está pendiente de su entrada en vigor y que acomete la primera contrarreforma, aunque sin duda ayudará a paliar el problema, pero queda mucho trigo que cortar y procesos que reformar y debe hacerse en los próximos años... Se espera que el llamado “Comité de sabios” culmine sus trabajos sugiriendo reformas del Convenio.

## B) Introducción

En el segundo trimestre del año 2004, el TEDH ha dictado un total de 446 sentencias.

Entre ellas hay, como es habitual, un importante grupo de condenas por dilaciones indebidas, que afectan a la práctica totalidad de los Estados miembros. Dentro de este apartado merece destacarse las numerosas condenas a Ucrania, muchas de ellas similares y con vulneración del derecho de propiedad por impago de indemnizaciones fijadas judicialmente, por ejemplo, **Kuzmenkov contra Ucrania**, de 8 de noviembre. Vuelve a llamar la atención la inexistencia de dilaciones en España.

También existe una serie considerable de condenas sobre la duración de las detenciones en espera de juicio en Polonia, por ejemplo, **Baginski contra Polonia**, de 11 de octubre.

Se ha producido, además, un grupo de sentencias que reconocen la vulneración del derecho de propiedad del artículo 1 protocolo 1. Derecho tanto en procesos expropiatorios en Turquía, por ejemplo, **Alatas y Kankan c Turquía** de 11 de octubre, como en Italia, entre otras en **Chiró y otros (núm. 1)** de 11 de octubre y **Pascale contra Italia** de 13 del mismo mes.

Por otra parte, hay que hacer referencia a los asuntos, desgraciadamente muy frecuentes, en los que se ponen de manifiesto las penosas condiciones de privación de libertad existentes en algunos de los países del este de Europa, a las que ya hemos tenido ocasión de referirnos en varias de nuestras crónicas. La larga lista de vulneraciones de derechos fundamentales por estos motivos se amplía con asuntos como:

**Romanov contra Rusia**, de 20 de octubre, un acusado de adquisición y posesión ilegal de drogas para su consumo personal, cuyas condiciones de detención en un centro psiquiátrico son consideradas contrarias al artículo 3 del Convenio, cuya duración injustificada lo es al 5.3, y cuya falta de control judicial adecuado es contraria al 6.

**Fedotov contra Rusia**, de 25 de octubre de 2005, el presidente de una Organización no gubernamental es sospechoso de utilizar una determinada cantidad de dinero de la organización para comprar equipo informático que mantenía en su domicilio. La policía ni siquiera llega a presentar cargos, no obstante es detenido meses después en dos ocasiones al figurar su nombre en una lista de personas buscadas, en condiciones contrarias al artículo 3,

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

en cuanto permaneció 22 horas en comisaría sin agua ni alimentos, sin que se le permitiera usar el cuarto de baño y sometido por la policía a violencia verbal y física, sin que, por otra parte, se produjera investigación alguna sobre las denuncias acerca de las condiciones de su detención, ya que el gobierno ni siquiera llegó a identificar a los responsables.

**Becciev contra Moldavia**, de 4 de octubre, en la que el recurrente es un detenido por malversación durante siete días en condiciones consideradas contrarias al artículo 3, insuficiente alimentación, ausencia de ejercicio, ausencia de luz natural, ... obligados a dormir en plataformas de madera sin mantas ni ropa de cama... o, centrándose en esa ocasión en la ausencia de tratamientos médicos durante su detención **Sarban contra Moldavia**, también de 4 de octubre 2005.

Un supuesto realmente patológico parece ser la situación de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo en Turquía, país que en el trimestre analizado protagoniza casi la cuarta parte de las sentencias del TEDH, muchas de las cuales implican su condena por vulneración de la práctica totalidad de los derechos contenidos en el Convenio. Hay supuestos de desaparición y muerte de familiares, con vulneración de los artículos 2 y 3, por ejemplo, **Nesibe Haran**, de 6 de octubre, de no investigación de hechos de este tipo, por ejemplo, **H.Y.** y **HÜ.Y.**, también de 6 de octubre, sobre las condiciones y duración de la detención **Tanrikulu y otros**, igualmente de 6 de octubre o **Bazancir y otros**, de 11 del mismo mes, del artículo 6, por falta de imparcialidad de la Corte de seguridad del Estado, entre otros **Ildiz Yilmaz**, de 11 de octubre, del principio de legalidad penal **Ünsal Öztürk** de 4 de octubre, y de la libertad de expresión del artículo 10, por ejemplo, **Ceylan (no 2)**, de 11 de octubre o **Yüksel (Geyik)**, de 25 de octubre. Supuestos, todos ellos a los que ya nos hemos referido, en casos similares, en los varios números de esta revista.

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

#### **C) Derecho a la vida (artículo 2)**

##### **a) Desaparición de un periodista**

**Gongadze contra Ucrania**, de 8 de noviembre, analiza el recurso de la mujer de un periodista conocido por sus críticas a la corrupción de las autoridades de su país, desaparecido en el año 2000 en circunstancias aún no establecidas. Considera que las denuncias revelando la posible implicación de la policía fueron ignoradas y señala que apenas unos días después del cambio político los autores del rapto y asesinato fueron identificados y acusados, lo que revela la ausencia de investigación del anterior gobierno. Se declara la vulneración del artículo 2, tanto en su aspecto material como procedimental, así como, en relación a su mujer, del artículo 3.

##### **b) Investigación de la muerte de una persona durante su detención por colegas directos de los policías implicados**

En **Ramsahi y otros contra los Países Bajos**, de 10 de noviembre, los recurrentes denuncian que la muerte de su hijo y nieto —que había robado una moto a mano armada a un

policía— tras un disparo en un enfrentamiento posterior con la policía y la insuficiente e inadecuada investigación de los hechos implica vulneración material y procedimental del artículo 2. La Corte considera que el uso de una fuerza letal no excede lo que puede ser considerado “absolutamente necesario” para el arresto de la persona y la protección de los policías que la realizaban, sin embargo, la realización de parte de la investigación por colegas directos de los implicados, destinados en la misma comisaria, vulnera el artículo 2 en su aspecto procedimental, sin que sea suficiente garantía de la independencia el hecho de que actuasen bajo la supervisión de otra autoridad.

### c) Imposibilidad de expulsión de un condenado a muerte

**Bader y otros contra Suecia**, de 8 de noviembre. Los recurrentes, una familia siria de origen kurdo y musulmanes sumitas, solicitan asilo en Suecia. Se rechaza su solicitud y se ordena su deportación a Siria. Sin embargo, entonces aportan un elemento nuevo, la condena en ausencia, del cabeza de familia a muerte como cómplice de un asesinato. La Corte reitera la doctrina de Öcalan contra Turquía de 12 de mayo de 2005, de que la pena de muerte se ha convertido en una inaceptable forma de castigo, quizá todavía no con carácter absoluto, pero sí al menos si existe algún riesgo de que el juicio no sea justo, criterio sometido a los más rigurosos estándares, y que, en ese sentido, puede implicar también vulneración de los artículos 3 y 6 del Convenio. Tras ello constata que el Gobierno sueco no ha obtenido garantías de las autoridades sirias de que se reabriría la causa y no solicitarían pena de muerte y que el juicio se desarrolló sin oír ni al acusado ni a su defensa, por lo que no puede considerarse un juicio justo, y que, en definitiva su deportación supone vulneración de los artículos 2 y 3 de la Convención.

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

### a) Imposibilidad de reencarcelar enfermos. Violación eventual o condicionada

Entre las numerosas condenas a Turquía como consecuencia de la lucha contra el terrorismo kurdo, a las que ya hemos hecho referencia en esta crónica, existe un aspecto nuevo del problema. Son un conjunto de asuntos, entre ellos **Uyan o Sinan Eren contra Turquía**, ambos de 10 de noviembre, en los que condenados a cadena perpetua que habían salido de prisión de manera temporal por sufrir el síndrome de Wernicke-Korsakoff (producido por la deficiente alimentación, tras una huelga de hambre) denuncian que su eventual reencarcelación constituiría trato inhumano y degradante. Tres magistrados forman una comisión que acude a ver las condiciones de las prisiones y se nombra también un comité de expertos clínicos. La sentencia contiene un interesante pronunciamiento por unanimidad en el que parece haber un elemento puramente potencial, tratando de evitar una lesión que eventual en cuanto no parece haber ninguna actuación por parte de las autoridades turcas en esa dirección. El fallo contiene una doble condición y afirma literalmente que “existiría violación del artículo 3 en el caso de que el recurrente fuera reencarcelado sin que se haya producido un claro cambio en su condición médica para soportar tal medida”.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### b) Por motivos étnicos. Gitanos de origen rumano en Grecia

**Bekos y Koutropoulos contra Grecia**, de 13 de diciembre de 2005, estima una denuncia de malos tratos policiales en Grecia a gitanos de origen rumano con discriminación por origen étnico. La Corte se apoya en el informe de la *Comisión Europea del Consejo de Europa contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI)* que ha encontrado actividades policiales violentas y abusos en varios Estados miembros (Bulgaria, República Checa, Francia, Grecia, Hungría, Polonia, Rumanía y Eslovaquia) por motivos étnicos frente a los gitanos, en general, los gitanos de origen rumano, albanos y otros tipos de minorías emigrantes.

#### E) Derecho al proceso equitativo. Condena basada en testimonios de menores que no ha podido interrogar (artículo 6)

**Bocos-Cuesta contra Países Bajos**, de 10 de noviembre de 2005. Analiza una condena en Holanda de un ciudadano español basada en el testimonio de menores a los que no ha tenido ocasión de interrogar. La Corte considera que las razones para denegar la petición —sobre todo la protección de cuatro niños muy pequeños a repetir una experiencia posiblemente muy traumática— no está suficientemente sustentada al no apoyarse, por ejemplo, en opiniones de expertos y es, hasta cierto punto, especulativa.

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

##### a) Secreto de la correspondencia de los presos y derecho a presentar demandas individuales al Tribunal

**Drozdowsky contra Polonia**, de 6 de diciembre de 2005, insiste (véase *Campbell contra el Reino Unido*) en que no se puede controlar con fines de censura la correspondencia dirigida a los órganos del sistema del Convenio Europeo. Tal violación lesiona el artículo 8 CEDH. La confidencialidad se refuerza al poder contener alegaciones contra las autoridades penitenciarias y para impedir posteriores represalias.

##### b) Obligación positiva de los Estados de facilitar la investigación de paternidad

**Shofman contra Rusia**, de 24 de noviembre de 2005, hace todo un análisis de los sistemas comparados que regulan la acción de investigación de la paternidad. Se afirma que entre las obligaciones positivas derivadas del artículo 8 se encuentra facilitar a los individuos una acción que la permita, y que aunque es posible fijar un límite de tiempo para proteger los intereses del niño (*Rasmussen contra Dinamarca*), en este caso el recurrente no sospechaba que el hijo habido en matrimonio no era suyo y se percibió de esta circunstancia cuando el plazo legal ya había transcurrido y entonces pidió el divorcio e interpuso una acción de paternidad que fue inadmitida. Una presunción legal no puede prevalecer sobre la realidad social y biológica, y una “limitación temporal inflexible”, sin excepciones y desprovista de razones no entra dentro del margen de apreciación nacional.

**c) Expulsión de un extranjero “de segunda generación” autor de delitos leves**

En **Keles contra Alemania**, de 27 de octubre de 2005, el recurrente es un residente permanente turco en Alemania donde vivía desde que tenía diez años, casado, con tres hijos nacidos en ese país. Todos conservan su nacionalidad. En 1983 se le informa que si comete nuevos actos criminales sería expulsado. Tiene varias condenas posteriores menores de multas y dos de prisión de seis por conducción temeraria (1993) y conducción bajo los efectos del alcohol (1998). Se ordena su expulsión sin límite temporal en 1999 y es efectivamente deportado. Vuelve a Alemania ese mismo año, solicita asilo y es condenado a una multa por conducir sin permiso. Se le rechaza el asilo en el año 2003 y es vuelto a deportar. La Corte, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, en particular que es un “inmigrante de segunda generación” la relativa levedad de los delitos y que la medida se adopta sin límites temporales, afirma la vulneración del derecho a la vida familiar.

**d) Otros aspectos de la vida familiar**

Dos sentencias se refieren a otros aspectos del derecho a la vida familiar, **Süs contra Alemania**, de 10 de noviembre; una suspensión de los derechos de visita que el tribunal considera no contraria al artículo 8 ni en cuanto al fondo ni en sus aspectos procedimentales y, **Schemkamper contra Francia**, de 18 de octubre, en la que rechaza que exista vulneración por no conceder a un condenado a prisión un permiso para visitar a su padre enfermo.

**G) Libertad religiosa (artículo 9). Derecho a la instrucción incluye educación universitaria (artículo 2 protocolo 1º). Prohibición de velo islámico en Turquía**

**Leyla Sahín contra Turquía**, de 10 de noviembre de 2005. Una de las sentencias más importantes es la decisión de la Corte en torno a si una Circular del Rector de la Universidad de Estambul que impide el acceso a clases y exámenes de las estudiantes con velo islámico (o los estudiantes con barba) que le había impedido continuar los estudios de medicina que cursaba en su país (acaba licenciándose en medicina en Viena) implica vulneración, entre otros preceptos, del artículo 9 –libertad religiosa– del CEDH.

Para ello, y tras un muy interesante estudio de derecho comparado sobre la autorización de la utilización del velo islámico en los países miembros, la Corte constata en primer lugar que se trata de una injerencia en un acto motivado o inspirado por una religión y tampoco ve especial problema en el hecho de que la normativa sea una simple circular, en la medida en que se apoya en la jurisprudencia existente en el país y en particular en decisiones del Tribunal Constitucional y la expresión ley incluye “el derecho elaborado por los jueces” (Caso Sunday Times de 26 de abril de 1979) por lo que no es argumento suficiente el que el Parlamento nunca haya aprobado una ley en ese sentido, y tampoco ve problemas en aceptar que la injerencia tiene un fin legítimo.

Con relación a la necesidad de la injerencia afirma que la libertad religiosa es uno de los fundamentos de una sociedad democrática que protege tanto a los creyentes como a los

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

ateos, agnósticos, escépticos e indiferentes, e implica también la posibilidad de manifestar su religión en público. Sin embargo no protege cualquier acto motivado o inspirado por una religión y en una sociedad donde coexisten varias religiones puede ser necesario someter la libertad de manifestarlas a límites para conciliar los intereses de los distintos grupos y las convicciones de cada uno, y el Estado es en ese sentido el organizador neutral e imparcial del ejercicio de las distintas religiones y el que tiene que asegurar el orden público, la paz religiosa y la tolerancia. La democracia no significa supremacía constante de la opinión de la mayoría, sino equilibrio que asegura a los minoritarios un tratamiento justo y evita todo abuso de una posición dominante.

Por otra parte, señala que en cuestiones religiosas existen profundas diferencias a la hora de organizar las relaciones entre el Estado y las religiones en Europa, por lo que hay que dar un amplio margen a la capacidad de decisión estatal. A continuación analiza las circunstancias de Turquía, recordando la doctrina sentada en la Decisión de la Comisión Karaduman de 3 mayo de 1993, en la que se consideraron que puede limitarse el uso del velo islámico para evitar presiones de los movimientos fundamentalistas sobre los estudiantes que no lo utilizaban, y para asegurar la convivencia de estudiantes de distintas creencias, y en definitiva el orden público, y afirma que la salvaguarda de la laicidad puede ser considerada necesaria para la protección del sistema democrático en Turquía, sin poder perder de vista que existen movimientos políticos extremistas que tratan de imponer sus símbolos religiosos y su concepción de la sociedad. Por ello se puede entender que las autoridades hayan querido preservar el carácter laico de la Universidad, por lo que en definitiva no existe vulneración de la libertad religiosa.

Desde el punto de vista del derecho a la educación (artículo 2 protocolo 1º) comienza por señalar que una interpretación de la Convención como un texto vivo hace que debamos incluir en el precepto los establecimientos universitarios, por lo que si éstos existen en un concreto país, entran en su campo de aplicación, y el derecho de acceder a ellos constituye un elemento inherente del derecho. Es importante recalcar que es la primera declaración expresa en ese sentido ya que la jurisprudencia anterior parecía reservar el derecho a la educación primaria y secundaria. En cuanto al fondo del asunto y admitido que el derecho incluye “el acceso a los establecimientos escolares existentes en un momento dado” éste se produce de acuerdo a las normas existentes en cada Estado, no es absoluto y puede ser limitado, mediante reglas previsibles y que respondan a una finalidad legítima, teniendo las autoridades nacionales un cierto margen de apreciación, y no excluyendo medidas disciplinarias, incluyendo la exclusión temporal o definitiva de un establecimiento de enseñanza. Reitera a continuación los mismos argumentos empleados con relación al artículo 9 para constatar que tampoco existe vulneración del derecho a la instrucción, en ambos casos por dieciséis votos frente a uno.

#### **H) Libertad de información (artículo 10)**

##### **a) Personas privadas en contacto con personajes públicos en asuntos de interés general**

El caso *Wirtschafts-Trend Zeitschriften Verlagsgesellschaft G.M.B.H. contra Austria*, de 13 de diciembre de 2005, analiza una noticia acompañada de fotografías referida a un

parlamentario austriaco sospechoso de haber cometido un fraude que escapó a Brasil con su pareja. En el artículo se comparaba a ambos con “Bonnie and Clyde”. Posteriormente fue arrestado y su pareja obtuvo la condena del medio y una compensación económica por difamación primero bajo la Ley de Medios fundada en que la comparación con esos delincuentes podía producir la impresión de que ella también estaba implicada; y luego por la Ley de Propiedad Intelectual por publicarse su fotografía sin su consentimiento y en relación con un delito. El Tribunal entiende que se han violado las libertades de expresión e información. Insiste en que estas libertades permiten crear opinión pública libre y que cubren ciertas exageraciones; y afirma que los individuos privados caen en el escrutinio público cuando entran en el debate público como consecuencia de su relación con personajes públicos, deben entonces “soportar las consecuencias de su decisión” y mostrar un nivel más alto de tolerancia si los hechos son de interés general; asimismo se afirma que la comparación con los bandidos americanos poseía un tono irónico y no era una imputación criminal.

### **b) Excepcionalidad del secuestro de una publicación**

En *Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags GmbH contra Austria*, de 27 de octubre de 2005, la misma empresa ve reconocido que el secuestro de la edición de una revista, en la que se contenía un juicio de valor sobre la opinión del líder ultraderechista Heider y los campos de concentración, es una medida severa y desproporcionada, contraria a la libertad de información.

### **I) Libertad de reunión. Negativas reiteradas a la autorización de manifestaciones (artículo 11)**

En el caso *Organización Macedonia Unida Iliden e Ivanov contra Bulgaria*, de 20 de octubre, el Tribunal concluye que existe vulneración del derecho de manifestación en la reiterada negativa de las autoridades búlgaras, entre 1998 y 2003, a autorizarlas. Aplica doctrina de una Sentencia de 2 de febrero dictada con relación a la misma asociación, el caso *Stankov y la Organización Macedonia Unidad Iliden contra Bulgaria*, y está también relacionada con el caso que comentamos a continuación.

### **J) Disolución de asociaciones (artículo 11)**

#### **a) Partido sucesor de otro previamente disuelto que amenaza la integridad territorial**

En la *Organización Macedonia Unidad Iliden-Pirin y otros contra Bulgaria*, de 20 de octubre, la Corte se enfrenta a la disolución de un partido político que había sido disuelto en Bulgaria como sucesor de otro previamente disuelto y por constituir una amenaza a la integridad territorial y poner en riesgo la seguridad nacional. El Tribunal constata la ausencia de apelaciones por parte del partido a la utilización de la violencia o al rechazo a los principios democráticos y que no han efectuado ninguna actividad que en la práctica ponga en riesgo la integridad del Estado, que las ideas nacionalistas o incluso separatistas

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

no son en sí mismas antidemocráticas y que en definitiva no existe una presión social que justifique la disolución de un partido político.

#### b) Disolución de una asociación antes de desarrollar actividades

En *IPSD y otros contra Turquía*, de 25 de octubre, se analiza la disolución de una asociación antes de que empezara a desarrollar sus actividades por contener en sus estatutos términos como “los pueblos de Turquía” o la necesidad “de luchar contra los imperialistas que quieren dominar Turquía”. El Tribunal considera que la asociación no tenía un proyecto político de tal naturaleza que comprometiese el régimen democrático en el país, o que incitara o justificara la violencia para que su disolución pudiera ser considerada necesaria en una sociedad democrática.

#### K) Derecho a la propiedad privada. Configuración legal del derecho fundamental: las “condiciones previstas en las leyes” (artículo 1 Protocolo 1º)

Hay un grupo de sentencias relevantes para comprender los derechos de propiedad en el sistema del Convenio y, desde una perspectiva más general para observar los problemas que su configuración como derechos fundamentales suscita, pues la frontera entre convencionalidad (y constitucionalidad) y legalidad dista de ser precisa en los derechos de configuración legal. Y, por otro lado, el juicio de proporcionalidad sobre las condiciones previstas en las leyes dista de ser manifiesto o unánime.

#### a) Usucapación adquisitiva

El caso *J. A. Pye (Oxford) Ltd contra el Reino Unido*, de 15 de noviembre de 2005, estudia el alcance del derecho de propiedad con relación al de usucapación, y concluye, tras una larga, detallada y compleja argumentación, por 4 votos a 3, que se ha violado el artículo 1 Protocolo 1º, porque la aplicación de las previsiones legales de las leyes británicas permitieron privar a los actores de su título sobre la tierra registrada, imponiendo un sacrificio excesivo al goce pacífico de sus posesiones. Hay un interesante y razonable Voto discrepante de tres Magistrados que afirma que no hubo sacrificio excesivo y que fueron los actores, quienes a pesar de ser especialistas en el negocio inmobiliario, dejaron transcurrir el tiempo en perjuicio de sus derechos.

#### b) Inmuebles nacionalizados durante el comunismo: leyes incoherentes que violan la seguridad jurídica

Entre los frecuentes casos derivados de la expoliación de bienes privados durante el comunismo, *Padurarú contra Rumanía*, de 1 de diciembre de 2005, muestra un complejo conflicto de intereses derivado de la nacionalización en 1950 de un edificio de viviendas. El TEDH muy significativamente, concluye que “la incertidumbre jurídica engendrada por la falta de claridad y de coherencia de la legislación aplicable”, permite interpretaciones muy diversas e imposibilita un mecanismo donde la jurisdicción nacional pueda analizar el título de propiedad, y que el Estado ha violado su obligación positiva de mantener un justo equilibrio entre el interés general y el privado en la materia. En suma, la

seguridad jurídica, en cuanto certeza de la norma y de las reglas de acceso a la justicia, pasa a ser incorporada como obligación positiva de los Estados dentro de la configuración del derecho de propiedad en el sistema del Convenio.

### **c) Cambio legal sobrevenido en la cuantía de la indemnización**

**Draon y Maurice contra Francia**, ambos de 6 de octubre 2005, son dos casos de vulneración del derecho de propiedad como consecuencia del cambio de la cuantía de la indemnización derivada de una modificación legal con efectos retroactivos.

### **d) Revocación de una licencia bancaria como bien objeto del disfrute**

El caso de **Capital Bank Ad contra Bulgaria**, de 24 de noviembre de 2005, enjuicia la revocación de una licencia bancaria en el proceso de liquidación de una empresa por insolvencia. El asunto afecta a la licencia para ejercer una actividad financiera como condición de ejercicio del derecho de propiedad. La Corte estima la demanda ponderando, entre otros extremos, la ausencia de revisión judicial respecto de la decisión adoptada por la autoridad del sistema bancario y la falta de garantías de contradicción en el procedimiento administrativo de revocación.

### **L) Derecho a elecciones libres. Prohibición absoluta a los presos (artículo 3 Protocolo 1º)**

**Hirst contra el Reino Unido (NO. 2)**, de 6 de octubre de 2005, es la decisión de la gran Cámara confirmando la doctrina sentada en **Hirst contra el Reino Unido** de 30 de marzo de 2004, ya comentada en esta Revista, que declara contraria al Convenio la prohibición absoluta de ejercicio del derecho de sufragio de los presos existente en Gran Bretaña. Contiene un detallado estudio de derecho comparado.

### **M) Libertad de circulación (artículo 4 Protocolo 2º)**

Son varios los asuntos que en este trimestre se refieren a la libertad de circulación del artículo 4 del Protocolo 2º. Este Protocolo fue abierto a la firma el 16 de septiembre de 1963 y entró en vigor el 2 de mayo de 1968. Ha sido ratificado por prácticamente todos los Estados parte, con excepción de Andorra, Grecia, Liechtenstein, Mónaco, Reino Unido y España.

### **a) Zona de tránsito de los aeropuertos**

**Mogos contra Rumanía**, de 13 de octubre. En 1990 los recurrentes abandonaron Rumanía y se establecieron en Alemania. En 1993 renuncian a su nacionalidad. El 7 de marzo de 2002 son apresados por la policía y conducidos por la fuerza en avión a Bucarest. Se niegan a firmar sus documentos de repatriación y son ingresados en el centro de tránsito del aeropuerto donde todavía permanecen. Alegan haber sufrido tratos inhumanos y degradantes en un incidente violento y por las condiciones de vida del centro de detención.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Con relación al incidente la Corte estima que no se ha demostrado que el uso de la fuerza haya sido desproporcionado. Tampoco cree que las condiciones del centro puedan implicar vulneración de este precepto. Tiene mayor importancia el análisis de su permanencia en el centro desde el punto de vista de la libertad de circulación y señala que los recurrentes tenían en cualquier momento la posibilidad de abandonarlo entrando en territorio rumano y en ese sentido su situación no era imputable a Rumanía.

#### b) Prohibición judicial de desplazamiento como medida cautelar

El caso **Antonenkov y otros contra Ucrania**, de 22 de noviembre de 2005, enjuicia una medida cautelar dictada por un Tribunal que impedía a los actores, sometidos a un proceso penal, desplazarse de su residencia, para impedir los sucesivos aplazamientos y cancelaciones de las vistas que ya se habían producido. Los recurrentes invocan el caso **Luordo contra Italia** donde se entendió esta medida desproporcionada por su duración. La Corte adopta aquí la solución contraria considerando la medida proporcionada, puesto que, en el asunto **Luordo**, los actores estuvieron más de 14 años privados de esa libertad, y aquí sólo poco más de 5 años.

#### c) Discriminaciones a un ciudadano checheno

Un indicio más de la grave situación de los derechos humanos de las minorías en Rusia es **Timishev contra Rusia**, de 13 de diciembre de 2005. El actor, abogado de profesión y de nacionalidad chechena, era un emigrante forzado en otra República rusa tras haberse destrozado su propiedad como resultado de las operaciones militares en Chechenia. No se le concedió la residencia permanente e invocaba en su demanda ésta y otras violaciones de derechos. Todas ellas fueron estimadas por el TEDH. Había existido una lesión de su libertad de movimientos, porque la policía le impidió cruzar la frontera entre dos Repúblicas rusas, simplemente por su condición de checheno; una decisión administrativa que no era acorde con la ley; la Corte acepta la versión del actor por resultar verosímil y estar corroborada por investigaciones independientes, asimismo invierte la carga de la prueba. Este mismo motivo lleva a entender lesionada la prohibición de discriminación (artículo 14 CE), toda vez que quedó corroborado que la policía impedía sin justificación la entrada a los chechenos. Por otro lado, los hijos del actor fueron expulsados de la escuela, impidiéndoles el ejercicio de su derecho a la instrucción (artículo 2 Protocolo 1°). La Corte recuerda que la garantía del artículo 14 no tiene existencia independiente sino que juega como un complemento de otras previsiones del Convenio, impidiendo la discriminación en su ejercicio.

### 3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### A) Tutela judicial efectiva y garantías en los procesos (artículo 24 CE)

##### a) Acceso a la jurisdicción y reclamación económico-administrativa previa

La **STC 275/2005**, de 7 de noviembre, resuelve un recurso de amparo frente a la inadmisión de un recurso de casación por no haberse formulado previamente la reclamación

económico-administrativa. El TC considera que esta exigencia juega a favor del administrado y que es éste el que se colocó en situación de indefensión al optar libremente por interponer el recurso de la Ley 62/1978 y una vez emplazado para formalizar la demanda, solicitar la continuación por los trámites del proceso ordinario. Hay un voto particular del Magistrado García-Calvo y Montiel que afirma que no se ha producido el juicio de ponderación completo, necesario cuando está en juego el principio *pro actione* y que, de acuerdo a la doctrina del propio TC, el agotamiento de la vía administrativa es una prerrogativa pensada a favor de la Administración.

### **b) Acceso a la jurisdicción: interpretación de los requisitos procesales**

La STC 243/2003, de 10 de octubre, estudia dos cuestiones relacionadas con la tutela judicial efectiva. En primer lugar, declara que, obviamente, no puede considerarse incongruencia omisiva el no pronunciamiento sobre el fondo cuando se aprecia la existencia de óbices procesales y, en segundo lugar, se plantea un problema de acceso a la jurisdicción con requisitos rigoristas y desproporcionados al achacarle la impugnación de un acto de trámite, – la adjudicación de una plaza de Jefe de servicio– cuando es la propia administración la que nunca ha publicado el acto definitivo.

### **c) Juez imparcial: requisito de objetividad**

La STC 306/2005, de 12 de diciembre, anula una Sentencia en un proceso sobre contratación de un profesor asociado en la Universidad de Cantabria, por ser el Presidente de la Sala al mismo tiempo profesor en el mismo Departamento y decidirse en la misma sesión su propia renovación como tal. El TC aprecia en el caso circunstancias que hacen temer que haya podido acercarse al *thema decidendi* sin la necesaria objetividad, aplicando la doctrina contenida en un supuesto similar ya comentado en esta Revista, Pescador Valero contra España, de 17 de junio de 2003.

### **d) Juez imparcial y derecho a la tutela judicial efectiva**

En la STC 240/2005, de 10 de octubre (Sala Primera), el Tribunal se enfrenta al difícil problema de los efectos de las sentencias del TEDH en el Derecho interno. Se trata en concreto de la petición de la revisión del fallo como consecuencia del caso Riera Blume, comentada en el número 7 de esta Revista, en la que se condena a España por la privación de libertad de alguno de los adeptos a la secta. Ante el TC los recurrentes alegan que la inadmisión de la revisión había sido realizada por un Tribunal compuesto por algunos jueces que en su día desestimaron la casación, sin embargo el Tribunal considera que no existe identidad de objeto entre el recurso de casación y el de revisión de la condena firme como consecuencia del pronunciamiento del TEDH. Además niega que exista vulneración de la tutela judicial efectiva porque la Sentencia del TEDH se limita a declarar la injusta privación de libertad, pero sin unirla a la presunta invalidez de la prueba, y porque la condena penal se apoya en una abundante prueba de cargo al margen de los testimonios de los ilegítimamente detenidos.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Por su parte la STC 313/2005, de 12 de diciembre, comparte la mayoría de los fundamentos jurídicos de la anterior. El recurrente es el exagente del CESID Juan Alberto Perote, condenado por revelación de secretos. El TEDH declaró que en este proceso se había violado el artículo 6.1 CEDH, al observar falta de imparcialidad objetiva en el Tribunal de primera instancia. El TC desestima el recurso porque considera que la Sentencia de Estrasburgo (Asunto *Perote Pellón c. España*, de 25 de julio de 2002, comentado en JA, núm. 18) no presupone que la sentencia condenatoria estuviera necesariamente mal fundada, ante la imposibilidad de establecer una relación de causalidad entre la vulneración del derecho a un juez imparcial y la condena impuesta. Por ello, no considera exigible la revisión pretendida por el recurrente.

#### e) Acceso a los recursos legalmente establecidos: inadmisión en sentencia

Las SSTC 248 y 265/2005, de 10 y 24 de octubre, respectivamente (Sala Primera en ambos casos), son la cara y la cruz de la aplicación de la STEDH *Maeso c. España*, de 9 de noviembre de 2004. En ambos se inadmite un recurso de casación en sentencia, en el primer caso, por no constar en el escrito de interposición el apartado del artículo 95.1 LJCA en que se fundaba el recurso, en el segundo, por no haberse fundamentado correctamente la recurribilidad de la resolución judicial impugnada. La primera defiende que la intensidad del control que pueden ejercer los órganos judiciales sobre ciertos presupuestos formales, ha de debilitarse cuando pudieron ser apreciados en un momento procesal anterior. Sin embargo, la segunda de las sentencias, que contiene un Voto Particular del Magistrado García-Calvo y Montiel, no considera la sentencia impugnada como irrazonable, arbitraria o errónea al inadmitir el recurso.

#### B) Libertad religiosa. No se ejerce falsificando pasaportes (artículo 16 CE)

STC 296/2005, de 21 de noviembre. Una pareja de cubanos, testigos de Jehová a quienes el Gobierno español denegó el asilo, falsifican su pasaporte para viajar a Miami. En el aeropuerto de Barajas fueron detenidos. En primera instancia fueron absueltos por entender el juzgador que jugaba la eximente de miedo insuperable. La Audiencia Nacional revocó la sentencia condenándoles por falsificación en documento público. Para el TC no constituía ejercicio de la libertad religiosa ya que la Audiencia Nacional no consideró probado que los condenados tuvieran razones para temer que en su país iban a sufrir una persecución por sus ideas políticas y religiosas, y afirma que aun en el caso de que pudiera apreciarse tal circunstancia, el ejercicio de la libertad religiosa está limitado por el respeto a los derechos fundamentales ajenos y a otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. Desestima el amparo.

#### C) Libertad personal (artículo 17 CE)

##### a) Para el abono de reducciones de penas no es preciso reingresar en prisión

STC 322/2005, de 12 de diciembre. El recurrente entiende vulnerado su derecho de libertad al exigir el auto judicial impugnado el ingreso en prisión para que le fueran abo-

nadas las reducciones de pena que acumuló cuando estuvo en prisión provisional. El TC examina la legislación vigente y nada encuentra en ella que exija tal ingreso, pudiéndose dar el supuesto –se da en este caso– de que las reducciones acumuladas durante la prisión provisional superen el tiempo de condena. Otorga el amparo.

#### **b) Inadmisión legítima de *habeas corpus* extranjeros internados pendientes de expulsión**

La STC 303/2005, de 24 de noviembre, del Pleno y, en su estela, varias de la Sala Primera, de 12 de diciembre (SSTC 315/2005, 316/2005, 317/2005, 318/2005, 319/2005, 320/2005 y 321/2005) y la STC 342/2005, de 21 de diciembre, rechazan los amparos interpuestos por abogados de oficio de extranjeros interceptados en aguas españolas a bordo de pateras. Para el TC todos ellos se encontraban internados bajo control judicial, por lo que los *habeas corpus* solicitados –ante las propias autoridades judiciales que controlaban su internamiento– carecían a limine de objeto.

#### **D) Secreto de las comunicaciones. Falta de motivación de la autorización (artículo 18.3 CE)**

SSTC 259/2005 y 261/2005, de 24 de octubre. Se estiman ambos amparos por falta de motivación en los autos judiciales que autorizaron intervenciones telefónicas, pues en ellos no se hacen constar los elementos de convicción, con expresión de los datos objetivos que las justificasen. En la primera de ellas se ordena retrotraer las actuaciones al momento anterior a la sentencia, sin embargo en la segunda advierte que la sentencia se fundó en pruebas válidas y tiene un alcance meramente declarativo.

#### **E) Libertad de expresión y libertad de información. Criterios de prevalencia (artículo 20.1 CE)**

Las SSTC 266/2005, de 24 de octubre y 278/2005, de 7 de noviembre, resuelven sendos supuestos de colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión e información. En ambos asuntos el TC parte de la jurisprudencia por la que distingue entre libertad de expresión y de información. La primera autorizaría a exponer ideas, pensamientos y opiniones siempre y cuando éstos no sean injuriosos o innecesarios. La segunda autoriza a informar sobre hechos siempre que los mismos sean noticiables, la información sea veraz y no contenga expresiones vejatorias o afrentosas. Sin embargo, como demuestra su lectura conjunta, no es en absoluto sencillo determinar cuándo se está ejerciendo una u otra libertad. En efecto, en la primera el TC considera que la alusión realizada en un Boletín local a la actuación de un funcionario es libertad de información, que en cuanto no suficientemente contrastada desborda el marco constitucional, sin embargo en la segunda las alusiones por parte de un Alcalde a la vinculación de un Sargento de la Guardia Civil con los intereses de una empresa constructora, considera que se trata de libertad de expresión, no protegida en cuanto ofende y ataca la reputación de un funcionario.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### F) Derecho de manifestación. Criterios para desautorizarlas (artículo 21 CE)

STC 284/2005, de 7 de noviembre. Vulneración del derecho de manifestación del Partido los Verdes al no autorizársele a hacerlo ante las oficinas de la presidencia del Canal de Isabel II, en Madrid. A juicio del TC, para desautorizar la manifestación no bastan las meras sospechas de que se producirían altercados de orden público (son necesarios datos objetivos suficientes) ni tampoco puede esgrimirse la reiterada convocatoria (doce en dos meses) como causa en sí misma de alteración, pues las manifestaciones se celebraban en un amplio espacio peatonal. Se otorga amparo.

#### G) Principio de legalidad (artículo 25.1 CE)

##### a) Non bis in idem inexistencia en sanción disciplinaria y condena penal a un militar

STC 334/2005, de 20 de diciembre. Es el caso de un subteniente de la Armada que no cumplió las órdenes recibidas. De inmediato se le impuso una sanción disciplinaria de ocho días de arresto, tras lo cual se abrió un proceso penal, concluido con una condena por delito de desobediencia con abono de los días de arresto. Para desestimar el amparo, el TC aplica la doctrina sentada desde la STC 2/2003 (en la que se apartó de la establecida anteriormente) para recalcar que el núcleo esencial de la garantía material del non bis in idem reside en impedir el exceso punitivo, lo que no sucede al prever la condena penal expresamente el abono de los días de arresto.

##### b) Sanción a farmacéutica no contraria al principio de legalidad

STC 242/2005, de 10 de octubre. El TC reitera su doctrina acerca de la eficacia relativa o limitada del derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito administrativo, ya que no cabe excluir la colaboración reglamentaria. Para el TC la sanción impuesta a causa de irregularidades en la prestación del servicio de urgencia tiene cobertura, por remisión en la Ley del medicamento, pues basta con que la tipificación se refiere al incumplimiento de obligaciones establecidas en sus elementos esenciales, en otros preceptos con rango de ley.

##### c) Sanción a parlamentario sin cobertura en el Reglamento

STC 301/2005, de 21 de noviembre. El TC estima parcialmente el amparo interpuesto por el entonces parlamentario vasco, Carlos Iturgaiz, sancionado *in voce* por el presidente de la Cámara con la expulsión y la prohibición de asistencia a las dos siguientes sesiones plenarias por las graves imputaciones que realizó al Consejero de Justicia. Para el TC la prohibición de asistencia carecía de cobertura reglamentaria, ya que éste no especificaba ningún supuesto de hecho que pueda generar tal sanción. Otorga el amparo pero rechaza anular las sesiones a las que no pudo asistir razonando que el resultado de las votaciones no hubiera variado sustancialmente y que resultaría desproporcionado.

**H) Libertad sindical. Uso del correo electrónico (artículo 28.1 CE)**

STC 281/2005, de 7 de noviembre. Otorga el recurso de amparo a CCOO al que el Banco de Bilbao había denegado la utilización del correo electrónico para usos sindicales, previamente promovido por el propio Banco, como consecuencia de un bloqueo tras un envío masivo por parte del sindicato. Razona que, al haber sido previamente autorizado, se trata de un contenido de la libertad sindical que no puede arbitrariamente retirarse.

**I) Derecho de fundación. Desafección de bienes fundacionales compatible con su finalidad. Sentencia interpretativa (artículo 34 CE)**

STC 341/2005, de 21 de diciembre. Pleno. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Asamblea de Madrid, Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones. El TC considera que no conculca las condiciones básicas del ejercicio del derecho de fundación previstas en la normativa estatal, y que el precepto que permite al fundador la reversión o desafección del patrimonio fundacional debe entenderse para fines de interés general. Sólo interpretado en esos términos se salva la constitucionalidad del precepto, lo que a juicio del Voto Particular de la Presidenta, significa una construcción normativa por parte del Tribunal, introduciendo una norma que el legislador no quiso, por lo que el Tribunal hubiera debido declarar la inconstitucionalidad.

**4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO****A) Gobierno en funciones y actos de dirección política. Denegación de un indulto**

STS de 2 de diciembre de 2005, Pleno, Sala Tercera, ponente Sr. P. Lucas Murillo de la Cueva. En ella se aborda la importante cuestión de las facultades y competencias del Gobierno en funciones y del concepto de “despacho ordinario de asuntos públicos”. El criterio mayoritario que se impone, superando los de la Sección Primera de la Sala es, muy sintéticamente expresado, que la facultad de admitir o denegar el indulto no excede del despacho ordinario de asuntos, y puede ser realizado por un Gobierno en funciones, criterio que se apoya en la interpretación del artículo 21.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y en la naturaleza del indulto. La Sala afirma que el Acuerdo no tiene la entidad de los actos de orientación política que la Ley excluye expresamente del concepto de despacho ordinario de asuntos públicos y que no se produjo ninguna directriz política que condicionara, comprometiera o impidiera las que debiera tomar el nuevo Gobierno.

De entre los cinco votos particulares quizá el más interesante es el que, a partir de la definición de despacho ordinario de asuntos, disiente de que sólo lo que supone dirección política con mayúsculas está vedado a un Gobierno en funciones, considerando que deben incluirse todos los que comportan contenido o valor político fruto de una valoración de esa naturaleza, salvo claro está, razones de urgencia o interés general y considera que

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

el indulto es ejercicio del derecho de gracia, por tanto un acto graciable y una medida de extraordinaria importancia, “que son notas bastantes para cuestionar que el ejercicio del derecho de gracia pueda ser considerado como despacho ordinario y esa simple posibilidad es suficiente para entender que excede de la actividad propia de un Gobierno en funciones”.

#### **B) Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18.1 CE)**

##### **a) Derecho al honor. Información con relevancia pública, veraz y no afrentosa**

La STS de 10 de noviembre de 2005, Sala de lo Civil, ponente Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, aplica reiterada jurisprudencia del TC y considera que el hecho de que el nombre del recurrente, subdirector general de una Caja de Ahorros y accionista de una promotora cuyo gerente fue condenado por estafa, aparezca en el relato de estos últimos hechos no puede ser considerado un atentado al honor.

##### **b) Honor profesional**

La STS de 18 de octubre de 2005, Sala de lo Civil, ponente Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil, estudia un supuesto de colisión entre la reputación profesional de una empresa mercantil y la libertad de expresión de un arquitecto que criticó el proyecto presentado por ésta para la demolición y sustitución de un mercado histórico de la ciudad de Lugo. El TS considera que sus manifestaciones no podían considerarse vejatorias ni ofensivas, ni tampoco innecesarias ya que se produjeron en el momento en que se debatía sobre el proyecto citado, de indudable interés para la ciudad.

#### **C) Tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)**

##### **a) Imposibilidad de aportar copia de la resolución impugnada e indefensión**

La STS de 20 de octubre de 2005, ponente Sr. Peces Morate, examina el Auto de la Audiencia Nacional que acuerda el archivo de un recurso contencioso por cuanto la parte demandante no aporta copia de la resolución impugnada. La Sala aprecia que el actor realizó todas las diligencias posibles para aportarla y concretar el expediente administrativo en el que fue dictada, lo que no fue posible por causas ajenas a su voluntad, mientras que la Sala de instancia, que dispone de medios para conocer dicha resolución con sólo reclamar a la Administración el expediente administrativo, no realizó actividad alguna tendente a la subsanación. La decisión de archivar el recurso resulta desproporcionada y vulnera el artículo 24.1.

##### **b) Inadmisión de prueba e indefensión**

En la STS de 29 de noviembre de 2005, ponente Sr. Garzón Herrero, la Sala Tercera revoca la de instancia por cuanto solicitada la prueba pericial por la demandante la Sala la recha-

za por irrelevante para el esclarecimiento de la cuestión debatida y, no obstante, después, desestima la pretensión afirmando que los hechos no han sido probados, razón por la que el TS aprecia indefensión.

## **D) Extranjería**

### **a) Asilo**

Como en otras ocasiones, son múltiples las Sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo que revocan las de la Audiencia Nacional confirmatorias de la decisión de inadmisión. Entre otras, caben citar las **SSTS de 9 de septiembre de 2005**, ponente Sr. Yagüe Gil, respecto a un ciudadano de Nigeria, de **6 de octubre** del mismo año, ponente Sr. Cancer Lalanne, respecto a un nacional de Georgia, de 14 del mismo mes respecto a una ciudadana colombiana, de **25 de noviembre de 2005**, del citado ponente, respecto a un ciudadano de origen cubano. Otras **SSTS de 30 de noviembre y 11 de octubre de 2005**, ponente Yagüe Gil, también de dos ciudadanos cubanos.

#### **a') Reconocimiento del derecho de asilo. Persecución por terceros en Colombia**

El TS se ha pronunciado respecto a supuestos de denegación del derecho de asilo como en la **STS de 23 de septiembre de 2005**, ponente Sr. Yagüe Gil, en la que el TS, frente al criterio de la Audiencia, considera que existe en autos prueba suficiente de la persecución política por parte de terceros –la guerrilla colombiana– contra el solicitante de asilo, en este caso un ciudadano colombiano, reconociendo su derecho.

#### **b') Persecución por razón de género**

De igual modo, la **STS de 11 de octubre de 2005**, Sr. Yagüe Gil, contra el criterio de la Sala de instancia, reconoce el derecho de asilo a la actora, nacional de Guinea Ecuatorial. Se trata de un interesante supuesto en el que la demandante era maltratada por su esposo por razón de sus opciones políticas y entiende el TS que el supuesto va más allá de un simple episodio de violencia doméstica y procede el reconocimiento del asilo. Se trata de uno de los primeros pronunciamientos en los que el TS reconoce un cierto factor de persecución por razón de género.

## **b) Nacionalidad**

### **a') Buena conducta. Existencia de diligencias previas. Necesidad de articular prueba**

**STS de 11 de octubre de 2005**, ponente Sr. Lecumberri Marti, examina un supuesto de denegación de la nacionalidad española en un caso en el que existían diligencias previas. El TS razona que aun cuando *per se* no pueden ser determinantes para afirmar la no concurrencia del requisito de la buena conducta cívica en virtud del principio de la “presunción de inocencia” entre tanto no recaiga sentencia penal condenatoria, sí refuerzan la

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

obligación del recurrente de articular prueba positiva acerca de la concurrencia de este requisito, lo que no hace en la instancia, por lo que se desestima el recurso.

#### b') Buena conducta. Diligencias previas canceladas. Auto de sobreseimiento provisional

STS de 23 de noviembre de 2005, ponente Sra. Robles Fernández. En esta Sentencia se reitera que el concepto de buena conducta debe ser valorado mediante el examen del conjunto de la trayectoria del solicitante, incumbiendo a éste la carga de probar su buena conducta cívica. El informe emitido por los servicios sociales del Ayuntamiento señala que desde el año 1993 tiene regularizada su situación en España y que se encuentra integrado tanto en el ámbito laboral como social, sin que se haya detectado “ninguna trasgresión en la convivencia y civismo”. En 2002, fueron cancelados a instancia suya, sus antecedentes policiales por un presunto delito de violación, que dieron lugar a las diligencias previas, recayendo en ellas Auto de sobreseimiento provisional.

#### c') Denuncia por malos tratos archivada

STS de 14 de diciembre de 2005, ponente Sra. Puente Prieto. Considera que una denuncia por malos tratos archivada no puede provocar un efecto tan gravoso como la denegación de la nacionalidad por falta de acreditación de buena conducta cívica.

#### d') Residencia continuada. Compatibilidad con viajes esporádicos o necesarios

STS de 15 de noviembre de 2005, ponente Sr. Lecumberri Martí. Considera que la residencia continuada a efectos de obtener la nacionalidad es compatible con viajes esporádicos o necesarios y, en el supuesto enjuiciado, concurren ambas circunstancias por la enfermedad de la recurrente averada por informes médicos.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA

ISABEL PERELLÓ

RAFAEL BUSTOS

ENCARNACIÓN CARMONA

IGNACIO GARCÍA VITORIA

MIGUEL PÉREZ MONEO

MARÍA DÍAZ CREGO



## IV. FUENTES DEL DERECHO

**Sumario:**

**1. Consideración preliminar.** **2. Bases.** A) En materia de ordenación del crédito y la banca (artículo 149.1.11 CE). B) En materia de función pública (artículo 149.1.18 CE). C) En materia de medio ambiente (artículo 149.1.23 CE). **3. Ley: Reserva de Ley en materia penal y sancionadora.** **4. Decreto-Ley.** A) Presupuesto de hecho habilitante: situación de extraordinaria y urgente necesidad. B) Límites materiales: la regulación del Decreto-Ley no debe afectar al régimen de las Comunidades Autónomas ni a la regulación de los derechos y deberes fundamentales reconocidos en el Título I de la Constitución.

**5. Reglamento.** A) Caracteres generales del Reglamento. B) Límites en el ejercicio de la potestad reglamentaria. C) Reglamento independiente. D) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. **6. Principios constitucionales.**

A) Principio de igualdad en la ley. a) No ampara la discriminación por indiferenciación. b) No se vulnera cuando la diferenciación normativa tiene una justificación razonable. c) Se admiten diferencias de tratamiento en relación con la transferencia de funcionarios entre Administraciones Públicas, pero exclusivamente durante el período transitorio. d) El criterio de la mayor representatividad entre sindicatos no vulnera la igualdad en el ámbito de actividades de representación institucional, pero sí en el caso de acceso a subvenciones. B) Principio de igualdad en la aplicación de la ley. a) Necesidad de justificar el cambio de criterio. b) Necesidad de acreditar la identidad del órgano judicial. c) Necesidad de aportar y acreditar un *tertium comparationis*. d) La mayor representatividad necesaria para participar en elecciones a Cámaras de Comercio ha de probarse, de lo contrario no puede establecerse un juicio de igualdad. C) Igualdad en las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1.1 CE). D) Principio de protección de la confianza. E) Principio de seguridad jurídica.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia Ar. 7761 de 2005, y por lo que concierne a la de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia Ar. 9945 de 2005. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 32/2006, de 1 de febrero. Tienen especial interés las sentencias relativas a la figura del Decreto-Ley. La jurisprudencia constitucional muestra una gran flexibilidad en la apreciación de la concurrencia de los límites que determina la Constitución para dictar Decretos-Leyes.

## 2. BASES

### A) En materia de ordenación del crédito y la banca (artículo 149.1.11 CE)

En la **STC 291/2005, de 10 de noviembre**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por la Junta de Andalucía en relación con el artículo 54 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que permite la aplicación supletoria de la ley estatal de cooperativas cuando su ámbito de actuación estatutariamente reconocido conforme a su ley específica sea supraautonómico o estatal, siempre que realicen en el citado ámbito actividad cooperativizada de manera efectiva.

La Junta de Andalucía fundamenta su recurso entre otros argumentos en que el citado precepto no satisface los requisitos formales de lo básico, que constituye en este caso el título que ampara la competencia estatal según que es el regulado en el artículo 149.1.11 CE (bases de ordenación del crédito y la banca). En concreto, la Junta de Andalucía reprocha al legislador estatal la omisión de la declaración expresa del carácter básico de la norma. El Tribunal entiende que dado que dicho precepto reitera lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 13/1989 cuya naturaleza básica fue confirmada en la STC 155/1993, cabe inferir “indirectamente pero sin especial dificultad su vocación o pretensión básica”.

Por lo que se refiere a la dimensión material de las bases, el Tribunal reitera su jurisprudencia sobre esta cuestión, que las define como el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que regulan la distribución de competencias. Las bases establecen un marco normativo unitario, de aplicación en todo el territorio nacional, dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad –ya que con las bases se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales–, a partir del cual pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto; en concreto, las bases en materia de la ordenación del crédito y la banca incluyen tanto las normas reguladoras de la estructura, organización interna y funciones

## IV. Fuentes del Derecho

de los diferentes intermediarios financieros, como aquellas otras que regulan aspectos fundamentales de la actividad de tales intermediarios. La definición de la prelación de fuentes que regulan el régimen jurídico de las entidades crediticias en atención a su condición de sociedades cooperativas tiene carácter básico en virtud de la regulación del artículo 149.1.11 CE.

### **B) En materia de función pública (artículo 149.1.18 CE)**

La **STC 31/2006, de 1 de febrero**, resolvió los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra 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. En virtud del citado 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 especial, podrán ser convocadas por la Administración educativa”.

El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de este precepto por vulnerar la normativa básica estatal en materia de función pública (artículo 149.1.18 CE).

### **C) En materia de medio ambiente (artículo 149.1.23 CE)**

La **STC 331/2005, de 15 de diciembre**, resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la totalidad de la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1999, de 27 de octubre, del espacio natural de Doñana. La representación del Estado fundamenta el recurso en que la Ley autonómica en cuestión vulnera las competencias básicas que atribuye al Estado el artículo 149.1.23 CE en materia de medio ambiente, ya que resulta aplicable en un ámbito territorial que ha sido declarado parque nacional y desconoce la legislación básica que para los parques nacionales se encuentra recogida en la Ley estatal 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, modificada por la Ley 41/1997, de 5 de septiembre. Junto a esta legislación básica el Tribunal indica que es preciso tener en cuenta para enjuiciar la Ley autonómica objeto de recurso las SSTC 194/2004, de 4 de noviembre, 35/2005 y 36/2005, de 17 de febrero, que enjuiciaron las modificaciones introducidas en la Ley 4/1989 por las Leyes 41/1997 y 15/2002. Además también es preciso tener en cuenta las SSTC 81/2005, de 6 de abril, 100/2005 y 101/2005, de 19 de abril, recaídas todas ellas en relación con normas legales y reglamentarias que regulaban diversos aspectos relativos al Parque Nacional de Sierra Nevada y al Plan Director de la Red de Parques Nacionales.

El Tribunal afirma como punto de partida que las competencias que la Comunidad Autónoma de Andalucía ha asumido en las materias de espacios naturales protegidos y medio

ambiente (artículos 13.7 y 15.1.7 E A Andalucía), competencias que le habilitan para establecer un régimen jurídico protector de los espacios naturales de su territorio, incluso aunque se trate, como es el caso, de un espacio que ha sido declarado “parque nacional”, si bien dichas competencias para que pueda reputarse que han sido legítimamente ejercidas, deberán respetar las bases estatales.

El Tribunal admite que la Comunidad Autónoma no vulnera la competencia estatal para declarar un parque nacional y establecer su régimen jurídico básico por integrar el parque nacional y el parque natural de Doñana en un espacio protegido más amplio que incluya aquéllos siempre que no vulnere criterios básicos concretos exigibles en el parque nacional. Evidentemente el espacio natural de Doñana no hace desaparecer el parque nacional.

A partir de estos planteamientos el Tribunal sólo declara inconstitucional el artículo 16, apartado 7, de la Ley autonómica, que, al regular las funciones del Consejo de Participación como órgano que realiza funciones similares a los Patronatos, les atribuye la función de aprobar los planes sectoriales que en su caso desarrollen el plan rector de uso y gestión. Según el Tribunal la Ley autonómica no puede atribuir a un órgano de cooperación de carácter predominantemente consultivo y deliberante y, en todo caso, no ejecutivo, en el que se integran, además de la Comunidad Autónoma, representantes del Estado, de los entes locales y de intereses sociales privados, el ejercicio de funciones administrativas de carácter aplicativo o ejecutivo que, por ser de tal naturaleza han de ejercerse por la Comunidad Autónoma en régimen de propia responsabilidad, dado que las competencias son además de indisponibles, irrenunciables. Un órgano de cooperación no puede ejercer funciones administrativas que están atribuidas estatutariamente y con carácter exclusivo a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En la **STC 32/2006, de 1 de febrero**, el Tribunal Constitucional resuelve los conflictos de competencia planteados por los Gobiernos de la Diputación General de Aragón y 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 funcionamiento del Consejo de la Red de Parques Nacionales, de las comisiones mixtas de gestión de dichos parques y de sus patronatos que ha dictado el Estado en ejercicio de sus competencias básicas en materia de medio ambiente ex artículo 149.1.23 CE.

El Tribunal no da trascendencia al hecho de que el citado reglamento no defina formalmente su carácter básico, ya que entiende que al constituir el desarrollo de la Ley 41/1997, que a juicio del Tribunal satisface los requisitos básicos de orden formal exigibles, se entiende implícitamente su carácter básico.

Desde el punto de vista material el Tribunal aplica su jurisprudencia consolidada a partir de la STC 194/2004, en virtud de la cual no admite el principio de gestión conjunta de los Parques Nacionales.

## IV. Fuentes del Derecho

### 3. LEY: RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL Y SANCIONADORA

En la **STC 30/2006, de 30 de enero**, se resuelve un recurso de amparo contra el Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 30 de diciembre de 2004, que desestimaba el recurso de súplica interpuesto contra la providencia del mismo órgano judicial de 16 de diciembre de 2004 dictada en el procedimiento de orden europea de detención y entrega núm. 46/2004, por la que se denegó a la recurrente la solicitud de ser oída a efectos de determinar la Ley aplicable a la entrega, en virtud del artículo 2.2 del Código Penal, al considerar más favorable a sus intereses el Convenio europeo de extradición de 1957 y la Ley 4/1985 de extradición pasiva.

El Tribunal rechaza que en este caso se vea afectado el artículo 25.1 CE dado que este precepto se refiere a las normas penales o sancionadoras administrativas sustantivas y no a las procesales. El proceso extradicional –y también el procedimiento de euroorden– es, según el Tribunal Constitucional, un proceso sobre otro proceso penal previamente iniciado e incluso concluido, sólo que a falta de la ejecución en otro Estado; en el proceso extradicional no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado.

En la **STC 334/2005, de 20 de diciembre**, el Tribunal aborda la posible vulneración del principio de legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE) desde la perspectiva de la interdicción del *bis in idem*, por haberse impuesto una doble sanción administrativa y penal por los mismos hechos.

El recurrente fue sancionado en primer lugar por resolución administrativa dictada el mismo día en que se elevó el parte denunciando los hechos, y tras la sustanciación de un proceso oral en que se tomó declaración al recurrente y tres testigos, como autor de una infracción leve de desobediencia del artículo 8.33 de la entonces vigente Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del régimen disciplinario de las fuerzas armadas a la sanción de ocho días de arresto a cumplir en la dependencia militar, con participación en las actividades de la unidad. Y, en segundo lugar, por resolución judicial firme tras la tramitación de un procedimiento penal como autor de un delito de desobediencia del artículo 102 del Código penal militar, a la pena de nueve meses de prisión y a las accesorias legales, acordándose que para su cumplimiento le fuera de abono cualquier tiempo pasado en privación de libertad por los mismos hechos.

El Tribunal descarta que se haya incurrido en *bis in idem* tanto desde una perspectiva procesal como material. Materialmente no concurre el necesario exceso punitivo para apreciar la vulneración aducida, pues se había previsto expresamente en la resolución impugnada que para el cumplimiento de la sanción penal le fuera de abono el tiempo de privación de libertad sufrido por la imposición de la sanción administrativa, habiéndose hecho también expreso que le había sido cancelada al recurrente la nota desfavorable por falta leve.

Desde el punto de vista procesal tampoco concurre en este caso la posibilidad de equiparar el procedimiento disciplinario sufrido con un proceso penal, como presupuesto necesario para apreciar la prohibición constitucional de doble procedimiento sancionador, dada la poca complejidad fáctica de los hechos que habían sido objeto de sanción y de la sencillez en la tramitación de dicho expediente disciplinario, que es oral y se sustanció en un solo día con la toma de declaración del recurrente y de los testigos presenciales.

En la **STC 9/2006, de 16 de enero**, se hace referencia a otra vertiente del derecho reconocido en el artículo 25.1 CE: la relativa a aquellas aplicaciones de las normas sancionadoras que conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de las mismas. Aplicando este criterio el Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado por un asesor económico-financiero del Ayuntamiento de Lleida al que se había impuesto una sanción por la presentación de un escrito que incurrió en “falta de consideración”, en relación con el Interventor del mismo Ayuntamiento; el tipo infractor aplicado, “incumplimiento de las órdenes que provienen de los superiores” [artículo 241.a) del Reglamento del personal al servicio de las entidades locales de Cataluña] no resultaba adecuado en relación con la conducta objeto de sanción.

También en un sentido similar, con respecto a los límites de los reglamentos, se pronuncia el **Tribunal** en sus **SSTSJ de Madrid de 14 de noviembre de 2005**, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Primera, Ar. 9913 y 9945. En estas Sentencias se resuelven los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra Resolución de la Dirección General de la Policía de 4 de diciembre de 2000 que impuso una sanción de multa de 50.000 pesetas a una compañía de seguridad por infracción prevista en el artículo 22.2.d) de la Ley 23/1992 de Seguridad Privada, relativa a la obligación de comunicar a la policía el inicio del servicio, desarrollada por el RD 2364/1994.

Al respecto señala el Tribunal que el reglamento impone una exigencia que no estaba en la Ley, pues mientras que la Ley se refiere a la prestación del servicio “sin formalizar” o “sin comunicar”, el reglamento se refiere a una obligación mayor, la de “presentar”. De este modo, el reglamento configura un tipo no definido en la ley, vulnerando el artículo 25.1 CE.

En la **STC 242/2005, de 10 de octubre**, se resuelve un recurso de amparo interpuesto por la vulneración del derecho a la legalidad penal por parte de una sanción administrativa impuesta por irregularidades en el servicio de urgencia de una farmacia. El Tribunal Constitucional desestima el recurso alegando que la resolución impugnada constituye la sanción aplicable por la comisión de una infracción suficientemente tipificada en una norma con rango legal, así como que existe tipificación legal suficiente en la fijación de uno de los elementos esenciales de la infracción como es el horario del servicio de urgencia de las farmacias, que permite determinar que el mismo finaliza a las 24 horas del correspondiente día de guardia asignado.

## IV. Fuentes del Derecho

En la STC 297/2005, de 21 de noviembre, se resuelve el recurso de amparo interpuesto contra las sanciones impuestas por la comisión de distintas infracciones del Reglamento de la denominación de origen calificada “Rioja” aprobado por Orden de 3 de abril de 1991, por vulneración del artículo 25.1 CE.

El Tribunal estima el recurso al constatar la vulneración del principio de legalidad en materia sancionatoria puesto que los tipos infractores en base a los que se ha sancionado a la parte recurrente no sólo carecían de suficiente cobertura legal, sino que habían sido declarados nulos por el Tribunal Supremo y, por tanto, inexistentes *ab origine*. En consecuencia, la sanción impuesta —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, inherente también al principio de legalidad positivo.

Sobre la jurisprudencia constitucional relativa al régimen sancionador en el ámbito de las denominaciones de origen vitivinícolas, vid. SSTC 52/2003, de 17 de marzo y 172/2005, de 20 de junio.

### 4. DECRETO-LEY

#### A) Presupuesto de hecho habilitante: situación de extraordinaria y urgente necesidad

En la STC 332/2005, de 15 de diciembre, se resuelven diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra los artículos 7 y 8 y las Disposiciones Transitoria y Final Segunda del Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones.

En virtud de esta regulación se sustituye el sistema de concesión administrativa por el de autorización administrativa reglada como técnica jurídica que posibilita la prestación del servicio de ITV por parte de los particulares. A través de este Decreto-Ley el Gobierno pretendió liberalizar esta actividad.

En primer lugar, el Tribunal analiza si concurre el supuesto de hecho habilitante para dictar un Decreto-Ley, esto es, la existencia de una extraordinaria y urgente necesidad. Para ello aplica el criterio establecido por la jurisprudencia constitucional, en virtud del cual, el control jurídico de este requisito no debe suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los Reales Decretos-Leyes en la necesidad de hacer una valoración de conjunto de las circunstancias que rodean al caso, así como en la consideración del requisito de la existencia de una situación de urgencia que el Gobierno pretende afrontar a través del Decreto-Ley, y de una “conexión de sentido” entre esta situación y las concretas medidas contenidas en el mismo.

El Tribunal respalda los argumentos que justificaron su convalidación por el Congreso y destaca que debe reconocerse un amplio margen a los criterios de oportunidad a la hora de decidir el rango de las normas que disciplinan una actividad en los supuestos en que no entra en juego ninguna reserva de Ley.

El Tribunal recuerda a estos efectos que no le corresponde discutir acerca de la “bondad técnica”, la “oportunidad” o la “eficacia” de las medidas impugnadas, sino que debe limitarse a examinar la correspondencia entre las mismas y la situación que se trata de afrontar; desde este punto de vista las medidas impugnadas no son patentemente inadecuadas para alcanzar las finalidades perseguidas por las mismas, esto es, para liberalizar la prestación de servicios de ITV y para hacer frente a los posibles problemas de satisfacción de la demanda que pueden plantearse en el futuro.

En la **STC 329/2005, de 15 de diciembre**, el Tribunal resuelve los recursos interpuestos contra los Reales Decretos-Leyes 1/1997, de 3 de enero y 16/1997, de 13 de septiembre, por los que se incorpora al Derecho español la Directiva 95/47 CE, de 24 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre uso de normas para transmisión de señales de televisión y se aprueban normas adicionales para la liberalización del sector y se modifica la Ley 17/1997, de 3 de mayo, respectivamente.

El Tribunal Constitucional analiza la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad exigida por el artículo 86.1 CE siguiendo las pautas establecidas por la jurisprudencia constitucional ya expuestas.

A juicio del Tribunal, en el Real Decreto-Ley 16/1997 se justifica la necesidad de modificar la Ley 17/1997 “para satisfacer con carácter inmediato las necesidades operativas de un sector emergente y básico”, así como “poner los servicios avanzados de televisión a disposición del mayor número de espectadores, garantizando que todos los proveedores de servicios de televisión de pago puedan, en principio, ofrecer sus programas a todos los consumidores de televisión de pago en la Comunidad”. En el debate de convalidación se justificó la reforma en la necesidad de modificar la normativa española para adaptar su legislación al Derecho Comunitario, tras la tramitación de un procedimiento de infracción al Reino de España por vulneración del principio de libre circulación de bienes y servicios.

A juicio del Tribunal, aunque no se explicaron en su momento detalladamente las razones de “extraordinaria y urgente necesidad” dicha justificación se deduce de “una valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional”.

En relación con el Real Decreto-Ley 1/1997, el Tribunal Constitucional, aplicando los criterios señalados, considera que concurre la extraordinaria y urgente necesidad, que justifica en el retraso en que ha incurrido el Estado español en incorporar la Directiva 95/47/CE de 24 de octubre, que establecía un plazo de nueve meses para su entrada en vigor. En el trámite de convalidación del Real Decreto-Ley se añadieron a ésta otras razones que definían “un panorama de urgencia” en relación con la regulación de esta materia.

#### IV. Fuentes del Derecho

##### **B) Límites materiales: la regulación del Decreto-Ley no debe afectar al régimen de las Comunidades Autónomas ni a la regulación de los derechos y deberes fundamentales reconocidos en el Título I de la Constitución**

En la **STC 332/2005**, de 15 de diciembre, que enjuicia el Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones, el Tribunal rechaza que se haya vulnerado en este caso el límite material que establece el artículo 86.1 CE en relación con el régimen de las Comunidades Autónomas. La Sentencia reitera la interpretación jurisprudencial de este límite, en el sentido de que el Decreto-Ley no puede afectar al régimen jurídico-constitucional de las Comunidades Autónomas, incluida la posición institucional que les otorga la Constitución, régimen del que no sólo forman parte los Estatutos de Autonomía sino también otras leyes estatales atributivas de competencias que forman parte del bloque de la constitucionalidad. Las normas impugnadas no delimitan directa y positivamente las competencias autonómicas, sino que simplemente pueden incidir en las mismas, lo que no determina la vulneración del artículo 86.1 CE.

En la **STC 329/2005**, de 15 de diciembre, el Tribunal Constitucional expone que la regulación del Real Decreto-Ley 1/1997, que entre otras cuestiones incorpora al Derecho español las especificaciones técnicas contenidas en la Directiva 95/47/CE sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión digital por satélite con sistema de acceso condicional, no afecta a los derechos regulados en el artículo 20.1 CE en los términos que prohíbe el artículo 86.1 CE, dado que no procede a una regulación general de los mismos. En este sentido, es preciso aclarar que, si bien el Tribunal Constitucional ha reconocido que el derecho de difundir ideas y opiniones comprende el derecho de crear medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible, no se puede equiparar la intensidad de protección de los “derechos primarios” directamente garantizados por el artículo 20 CE con la de los derechos que son en realidad “meramente instrumentales” de aquéllos, y se destinan a crear los soportes o medios de comunicación necesarios para ejercer esas libertades; la libertad de configuración normativa del legislador para disciplinar los soportes técnicos e instrumentos de comunicación es mayor que la que posee a la hora de ordenar directamente los derechos fundamentales del artículo 20.1 CE.

En consecuencia, la regulación del Real Decreto-Ley 1/1997 no supone una afectación en el sentido constitucional del término, de los derechos garantizados en el artículo 20.1.a) y d) CE y, por lo tanto, no ha superado los límites materiales impuestos por el artículo 86.1 CE a la legislación de urgencia.

El Tribunal Constitucional en esta misma sentencia rechaza en los mismos términos que la regulación contenida en el Real Decreto-Ley 16/1997 suponga una “afectación” en el sentido constitucional del término, de los derechos garantizados en el artículo 20.1.a) y d) CE.

## 5. REGLAMENTO

### A) Caracteres generales del Reglamento

La STSJ de Castilla y León de 28 de octubre de 2005, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Primera, Ar. 1017, resuelve el recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación de un recurso administrativo interpuesto contra la Resolución de la Dirección General de Salud Pública y Asistencia de 22 de julio de 1998, que aplica el RD 199/1997, referida al traslado de oficina de farmacia.

Se trata, por tanto, de un recurso indirecto contra el reglamento citado. Al respecto, recuerda el Tribunal la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el reglamento. El reglamento es una norma jurídica de carácter general emanada de la Administración, con un valor subordinado a la Ley que complementa. Por ser el reglamento una norma jurídica de colaboración, debe distinguirse entre la normación básica de las cuestiones fundamentales que siempre corresponde a la Ley, y aquellas otras normas secundarias pero necesarias para la puesta en práctica de la Ley: los reglamentos. Por medio de la potestad reglamentaria, la Administración participa en la elaboración del ordenamiento jurídico, de suerte que la norma emanada de la Administración, queda integrada en aquél. Pero la potestad administrativa no es incondicionada, está sometida a la Constitución y a las Leyes. Por el sometimiento del reglamento al bloque de la legalidad, es controlable por esta jurisdicción, a la que corresponde determinar su validez o ilegalidad, lo que ha de hacerse poniéndolo en relación con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico positivo, con los principios generales del Derecho y con la doctrina jurisprudencial en la medida en que ésta complementa el ordenamiento jurídico.

De acuerdo con esta doctrina, considera el Tribunal que el RD autonómico impugnado constituye un desarrollo adecuado de la Ley 16/1997, para ajustar las disposiciones legales a la realidad propia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

### B) Límites al ejercicio de la potestad reglamentaria

La STSJ de Canarias de 26 de septiembre de 2005, Sala de lo Contencioso-administrativo, Ar. 928, resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo por un particular, siendo contraparte la Comunidad Autónoma de Canarias. El asunto versa sobre el cumplimiento de las normas de compatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

El apelante se basa en la inaplicación a la Comunidad Autónoma de Canarias del artículo 11 del RD 598/1985, en relación con el artículo 1 de la misma norma, que excluye de su ámbito de aplicación a quienes desempeñen, como única o principal, una actividad pública al servicio de una Comunidad Autónoma o una Corporación Local. Añadiendo el Decreto 44/1985 sobre ejecución en el ámbito de la Administración autonómica de Canarias de la Ley 53/1984 de incompatibilidades del personal al servicio de las Admi-

## IV. Fuentes del Derecho

nistraciones Públicas. El problema está, por tanto, en la posibilidad de desarrollo de la legalidad ordinaria.

Al respecto señala el Tribunal en relación con la jurisprudencia constitucional, que no debe entenderse excluida absolutamente la posibilidad de normación reglamentaria siempre que la potestad reglamentaria no se despliegue “invocando o sustituyendo a la disciplina legislativa” y sin que le sea “tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva”.

La **SAN de 2 de noviembre de 2005**, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Sexta, Ar. 10113, resuelve recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Agrupación Nacional de Asociaciones Provinciales de Administraciones de Loterías contra Orden del Ministerio de Hacienda sobre creación de sucursales de la Red Básica de Loterías y Apuestas del Estado. La recurrente pretende la nulidad o anulabilidad de dicha Orden por vulneración del principio de jerarquía normativa, así como del artículo 14 CE y la doctrina de los actos propios del artículo 7 CC.

La Orden Ministerial tiende a racionalizar el procedimiento comercial y el rendimiento de los juegos cuya gestión tiene encomendada, basándose en el RD 419/1991 por el que se regula la distribución de la recaudación y premios en las Apuestas Deportivas del Estado y otros juegos de loterías similares. El Tribunal no encuentra ninguna disparidad en la regulación de la Orden con respecto a la normativa reglamentaria, por lo que se desecha el argumento de vulneración del principio de jerarquía normativa. Es más, dice el Tribunal, la Orden es un desarrollo de la normativa respetuoso con el contenido de las normas a ellas supraordenadas. La Orden se dicta en el ámbito de competencias de la autorregulación y organización administrativa, sin que frente a ellas puedan esgrimirse derechos adquiridos que no son tales, puesto que toda la regulación jurídica que incluye al interesado en la estructura administrativa está sometida a los cambios que en la misma pueden establecerse.

### **C) Reglamento independiente**

La **STS de 18 de noviembre de 2005**, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Tercera, Ar. 7761, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Jóvenes Investigadores/Becarios contra el RD 1326/2003, por el que se aprueba el Estatuto del becario de investigación. Uno de los argumentos fundamentales del recurso es la supuesta infracción del reglamento del principio de reserva de Ley. Alega la recurrente que el reglamento, en razón de su contenido material y alcance ordinamental, y en cuanto que, al regular el estatuto del becario de investigación y enunciar los derechos y deberes, establece *ex novo* una regulación jurídico-administrativa sujeta al Derecho público, vulnera el principio de legalidad del artículo 9.3 CE, porque desborda la habilitación legal prevista en los artículos 97.2. 1) y 114.2 de la Ley General de la Seguridad Social.

Al respecto señala el Tribunal que el RD impugnado no infringe el principio de legalidad, porque el Gobierno ha ejercido la potestad normativa de conformidad con el artículo 97 CE, al no existir una cláusula expresa en la Constitución que reserve a la Ley la regulación del Estatuto del becario de investigación en los términos en que ha sido objeto de concretización normativa. La actuación del Gobierno tiende a cubrir un vacío legal y reglamentario existente en la regulación de los programas de becas de investigación que ofrecen las Entidades públicas y privadas, según se refiere en la Exposición de Motivos del RD examinado.

La apelación al artículo 97.2.1 de la Ley General de la Seguridad Social, da cobertura a la extensión de los derechos de la seguridad social a los beneficiarios de becas otorgadas con cargo a programas inscritos en el Registro de becas, al habilitar este precepto al Gobierno para que por RD configure a determinados colectivos de personas como asimilados a trabajadores de cuenta ajena, a los efectos de extender la inclusión obligatoria en el Régimen General de la Seguridad Social.

Los títulos constitucionales en los que se basa el Gobierno para dictar el RD son el artículo 149.1.15ª CE, fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica; y el artículo 149.1.17ª CE, legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social. Luego no se afecta la reserva de Ley del artículo 35.2 CE, en relación con el Estatuto de los Trabajadores, ni la relativa al ejercicio de profesiones tituladas, que configura el artículo 36 CE, ni la que determina el artículo 103.3 CE, en lo que concierne al estatuto de los funcionarios públicos. De modo que no se puede considerar vulnerada la reserva de Ley, la materia regulada, que se enmarca tradicionalmente en la actividad administrativa de fomento de la investigación, es adecuada para ser regulada por reglamentos independientes, que no afectan al principio de legalidad, al no tratar de ordenar actividades que restrinjan o limiten los derechos individuales de los particulares, conforme al artículo 53.1 CE.

#### **D) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general**

En la STSJ de Canarias de 2 de septiembre de 2005, Sala de lo Contencioso-administrativo, Ar. 968, se da respuesta al recurso contencioso-administrativo interpuesto por PECSA, Plantas Eólicas de Canarias, contra el Decreto 53/2003 por el que se regula la instalación y explotación de los parques eólicos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias. Se alega al respecto que se han producido múltiples infracciones del procedimiento legalmente establecido para la elaboración de disposiciones de carácter general: a) iniciación por órgano no competente; b) período de información pública meramente formal; c) inexistencia del informe preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias.

Por lo que se refiere a la primera de las infracciones, iniciación por órgano no competente, señala el Tribunal que la Comunidad Autónoma canaria tiene sus propias normas específicas que regulan el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, derivado

## IV. Fuentes del Derecho

de las especialidades de la organización propia y de las competencias en relación con las normas de procedimiento administrativo mediante la regulación del procedimiento de elaboración de disposiciones generales contenida en los artículos 43-45 de la Ley 1/1983 del Gobierno y la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias. De modo que se desestima este motivo.

Con respecto al período de información pública, se dice por la recurrente que fue un trámite de apariencia meramente formal, carente de sustantividad, ya que las alegaciones no fueron objeto de estudio ni ponderación. El Tribunal en este punto sigue la jurisprudencia del Tribunal Supremo y afirma que en la audiencia omitida hay que ponderar si se trataba de una asociación voluntaria o de afiliación obligatoria, cuya audiencia fuera preceptiva. Así pues, aun en el caso de que la audiencia siquiera se hubiera cumplimentado formalmente, no generaría una nulidad automática de la disposición. La ausencia de la audiencia provocaría una irregularidad y no una nulidad. Otorgar una amplia audiencia a los interesados es una garantía de acierto de la disposición. Pero ello no significa que las organizaciones tengan un derecho subjetivo a la audiencia (ni siquiera cuando se trata de las más representativas), y que la vulneración de ese derecho implique la nulidad de la disposición. De modo que tampoco se aprecia la vulneración de este trámite, puesto que la audiencia era simplemente facultativa.

Por último, hay que referirse al preceptivo informe del Consejo Consultivo de Canarias. De ser el reglamento de tipo ejecutivo, este dictamen del Consejo Consultivo tendría carácter preceptivo y su omisión provocaría la nulidad de la disposición de acuerdo con el artículo 62.2 de la Ley 30/1992. Y en efecto, la disposición hace un desarrollo reglamentario de las previsiones de la Ley 54/1997 en materia de energía eólica, en base a las competencias de la Comunidad Autónoma, por lo que debió ser informada por el Consejo Consultivo. De modo que se declara finalmente la nulidad de la disposición impugnada.

## 6. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

### A) Principio de igualdad en la ley

#### a) No ampara la discriminación por indiferenciación

En la STC 254/2005, de 11 de octubre, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el párrafo 2 del artículo 1 y los apartados 1 y 7 del punto primero del anexo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en la redacción dada por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados.

El Auto de planteamiento considera vulnerado, en primer lugar, el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 CE, al entender que, “partiendo de la base de que en todos los hechos civilmente culposos el régimen jurídico es el mismo (artículos 1902 y concordantes del Código Civil), resulta inadmisibles desde el punto de vista del principio de igualdad que se establezcan diferencias en cuanto al modo de determinar y cuantificar

los daños causados”; además, plantea que la instauración del baremo determinará que los ilícitos penales que derivan de la circulación de vehículos a motor comporten una indemnización distinta para los perjudicados, en relación con su cálculo en virtud de las reglas contenidas en los artículos 109 y siguientes del Código Penal, resultando también arbitraria la discriminación que la ley introduce entre las víctimas de delitos dolosos y culposos, ya que los primeros quedan excluidos de su ámbito de aplicación.

El Tribunal desestima la cuestión planteada aplicando la doctrina formulada en la STC 181/2000, en virtud de la cual “de la Constitución no se deriva que el instituto de la responsabilidad civil extracontractual tenga que ser objeto de un tratamiento normativo uniforme e indiferenciado, ni, como es obvio, la Norma Fundamental contiene una prohibición por la que se impida al legislador regular sus contenidos adaptándolos a las peculiaridades de los distintos contextos en que se desenvuelven las relaciones sociales”. Este principio resulta también aplicable en relación con el contraste que el Auto plantea entre el sistema cuestionado y el régimen de la responsabilidad civil derivada de delito; en este sentido el Tribunal afirma que “las alegadas vulneraciones del derecho a la igualdad no descansan en un juicio comparativo entre sujetos irrazonablemente diferenciados por el legislador”, sino que “son el resultado de una comparación entre las distintas posiciones jurídicas en que puede encontrarse un mismo individuo”. En consecuencia, el Tribunal concluye rechazando la vulneración del derecho a la igualdad del artículo 14 CE.

En los mismos términos se pronuncia el Tribunal en las SSTC 255 y 256/2005, de 11 de octubre.

En la STC 257/2005, de 24 de octubre, el Tribunal resuelve el recurso de amparo interpuesto por vulneración del derecho de igualdad ante la Ley (artículo 14 CE) como consecuencia de la aplicación imperativa del “sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados en accidentes de circulación” contenido en el anexo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, añadido por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, que, a juicio del recurrente, limita injustificadamente el concepto de perjudicado e impide a los órganos judiciales atender a las singularidades del caso concreto y satisfacer las pretensiones resarcitorias derivadas del daño moral acreditado y no contemplado en el baremo.

El Tribunal reproduce su jurisprudencia anterior sobre esta cuestión que, a partir de la STC 181/2000 ha destacado que el hecho de que el sistema de valoración de daños personales mediante baremo genere un tratamiento igual de supuestos diversos no determina la vulneración del artículo 14 CE. El derecho a la igualdad del artículo 14 CE no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales: el principio de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación.

## IV. Fuentes del Derecho

### **b) No se vulnera cuando la diferenciación normativa tiene una justificación razonable**

La STC 273/2005, de 27 de octubre, desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo, 133 del Código Civil redactado por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, por posible vulneración del derecho a la igualdad en la Ley (artículo 14 CE). En el Auto de planteamiento de la cuestión se fundamentaba una doble vulneración del artículo 14 CE: la diferencia de trato en los supuestos de falta de posesión de estado, según el origen matrimonial o no de la filiación así como la desigualdad que produce entre los progenitores, al favorecer al que primero determina la filiación por medio del reconocimiento.

Según reiterada jurisprudencia constitucional, el principio de igualdad exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, así como que supere un juicio de proporcionalidad desde una óptica constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. En este caso la diferenciación normativa establecida por el Código Civil presenta una justificación que puede ser considerada suficiente, objetiva y razonable, que radica en los distintos regímenes de determinación de la filiación.

En relación con la primera de las discriminaciones planteadas, el Tribunal considera que la diferencia normativa no resulta arbitraria, discriminatoria ni carente de fundamento, ya que resulta evidente que, aun faltando la posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial descansa sobre presupuestos diferentes que la acción referida a la filiación no matrimonial, regulada en el artículo 133 CC.

El segundo argumento tampoco vulnera el artículo 14 CE. El artículo 133 CC no establece ningún tipo de desigualdad entre los progenitores; en realidad lo que se discute no es el régimen del reconocimiento sino la tramitación del mismo que exige la participación del progenitor que primero haya reconocido la filiación en el procedimiento en que se produce el reconocimiento por parte del segundo progenitor: tal diferencia es una simple consecuencia del necesario juego del tiempo en la realización del reconocimiento, que implica que en el primer caso no sea posible otorgar audiencia al progenitor legalmente reconocido por no existir aún ningún progenitor cuya identidad se encuentre legalmente determinada.

### **c) Se admiten diferencias de tratamiento en relación con la transferencia de funcionarios entre Administraciones Públicas, pero exclusivamente durante el período transitorio**

En la STC 330/2005, de 15 de diciembre, se desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears sobre el artículo 6.6 de la Ley de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears 5/1996 de medidas tributarias y administrativas, por vulnerar el principio de igualdad en la Ley.

En el citado precepto se establece un sistema que pretende resolver de forma permanente y gradual los problemas suscitados por la incorporación a la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de personal procedente de otras Administraciones Públicas, fundamentalmente relativos a la tramitación necesaria para la modificación de las relaciones de puestos de trabajo y a las diferencias económicas derivadas de los distintos regímenes retributivos de la Administración de procedencia y de la Comunidad Autónoma. En concreto en el artículo 6.6 se incluye una doble regla sobre la retribución del personal incluido en su ámbito de aplicación: se establece un régimen de equiparación temporal en cuatro años y se excluye el devengo de atrasos.

La cuestión planteada se refiere fundamentalmente a la exclusión del devengo de atrasos. La jurisprudencia constitucional admite diferencias de tratamiento durante el período transitorio en el que se procede a la plena integración de los trabajadores transferidos en las estructuras de la nueva Administración de la que dependen (STC 110/2004, de 30 de junio). Una vez consolidado el proceso deberá existir identidad de situaciones entre transferidos y personal propio de la Administración receptora y deberán aplicarse idénticas condiciones económicas y laborales a quienes ocupen los mismos puestos de trabajo, independientemente de la Administración de origen.

En definitiva, el artículo 14 CE no impide en esos supuestos de transferencias la existencia de especialidades retributivas. En este sentido que la regulación del artículo 6.6 citado implique una menor retribución en términos comparativos globales, frente a otra potencial consistente en el reconocimiento de la remuneración ordinaria de la prestación efectivamente realizada en el período transitorio, conforme a las categorías profesionales que finalmente correspondan, encuentra su justificación en las especialidades del proceso de transferencia y se justifica, como expone la STC 110/2004 en principios de relieve constitucional como el principio de autoorganización de las Administraciones Públicas, que en relación con las Comunidades Autónomas consagran los artículos 147.2.c), 148.1.1 CE y los concordantes de los Estatutos de Autonomía.

**d) El criterio de la mayor representatividad entre sindicatos no vulnera la igualdad en el ámbito de actividades de representación institucional, pero sí en el caso de acceso a subvenciones**

En la STS de 28 de septiembre de 2005, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Séptima, Ar. 7250, se da respuesta al recurso de casación interpuesto por la Unión Sindical Obrera contra Sentencia de la Audiencia Nacional, siendo partes recurridas la Confederación de Sindicatos Independientes y Sindical de Funcionarios y la Administración General del Estado.

Uno de los apoyos fundamentales del recurso es la vulneración del artículo 14 CE pues la recurrente considera que en los acuerdos entre sindicatos y poderes públicos no se puede privar a los sindicatos que carezcan de la condición de más representativos de los medios que la Administración decida poner a disposición de los sindicatos para el desarrollo de las actividades a favor de los trabajadores.

## IV. Fuentes del Derecho

Al respecto el Tribunal invoca su jurisprudencia en este tipo de casos, en base a un deber de coherencia y unidad de doctrina impuesto por el principio de igualdad basada en la jurisprudencia constitucional referida al derecho de libertad sindical. En cuanto al criterio de mayor representatividad hay que diferenciar entre las actividades de representación institucional y el acceso a determinadas subvenciones. En el primer caso sí es aceptable realizar restricciones con base al criterio de la representatividad, en el segundo caso, no.

### B) Principio de igualdad en la aplicación de la ley

#### a) Necesidad de justificar el cambio de criterio

En la **STC 268/2005, de 24 de octubre**, se resuelve el recurso de amparo interpuesto por vulneración del derecho de igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 CE) por un sargento del cuerpo de especialistas (EMI) escala básica, al que se había denegado la petición de percibir con efectos de 1 de enero de 1997 un complemento específico idéntico al que venía percibiendo hasta el mes de agosto de 1996, con abono de las diferencias retributivas dejadas de percibir y los intereses legales correspondientes. El demandante en amparo fundamenta su recurso en que al no haberle reconocido la Sentencia impugnada el derecho a percibir el complemento específico reclamado “hasta el día de la fecha”, se ha separado del criterio mantenido en otros supuestos idénticos que acredita.

El Tribunal estima el recurso argumentado que lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la Ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo que equivale a sostener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro; esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas, que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con total uniformidad.

#### b) Necesidad de acreditar la identidad del órgano judicial

En la **STC 20/2006, de 30 de enero**, el recurrente fundamenta su demanda de amparo en la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 CE) ya que un órgano judicial denegó la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad a pesar de que en otros supuestos de solicitud de indulto otros órganos judiciales habían procedido a dicha suspensión. El Tribunal Constitucional desestima el recurso porque el único término de comparación alegado por el recurrente, aunque referido a una decisión de suspensión de la ejecución de la condena por razón de la tramitación de un indulto, es una resolución de otro órgano judicial y respecto a una condena sustancialmente diferente.

En la **STC 27/2006, de 30 de enero**, se estimó, sin embargo, un recurso de amparo por vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, por la actuación de la Administración en relación con el rescate de concesiones otorgadas al amparo de la legislación de costas con el fin de regenerar las playas de San Juan y Muchavista en Alicante.

El Tribunal fundamenta su decisión en que en casos sustancialmente iguales, la misma Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con el mismo Magistrado Ponente, ofreció soluciones diversas, estimando en un caso el recurso contencioso-administrativo al considerar que el rescate de la concesión había perdido su finalidad, dado que se había completado la regeneración de la playa, y en el caso del demandante de amparo, desestimando su recurso contencioso-administrativo sin justificar, ni tan siquiera mencionar, el cambio de criterio respecto al mantenido anteriormente. La Sentencia impugnada se limitaba a declarar que no se había cumplido la regeneración de la playa.

En la **STC 5/2006, de 16 de enero**, se rechaza la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley porque el término de comparación que se aporta es una Sentencia de otro órgano judicial. El recurrente argumentaba que el mismo órgano judicial había dictado previamente otra sentencia en la que en un supuesto de daños y perjuicios derivados de un accidente de automóvil había confirmado la “indemnización mixta” que en el presente caso revoca: una indemnización compuesta por una cantidad única por las secuelas producidas y por una renta vitalicia.

Según una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, constituye un requisito imprescindible para que pueda apreciarse una infracción constitucional por desigual aplicación de la ley el de que la resolución con la que se compara la resolución impugnada proceda del mismo órgano judicial, criterio que exige identidad de Sala y Sección. Tal identidad no se produjo en este caso porque fueron distintas las Secciones que dictaron la Sentencia impugnada (Sección Séptima) y la que se aporta como término de comparación (Sección Tercera).

### **c) Necesidad de aportar y acreditar un *tertium comparationis***

En la **STC 297/2005, de 21 de noviembre**, se resuelve un recurso de amparo interpuesto contra las sanciones impuestas por la comisión de distintas infracciones tipificadas en el artículo 51.1 del Reglamento de la denominación de origen calificada “Rioja”, aprobado por Orden de 3 de abril de 1991. Los recurrentes alegan, entre otros motivos, la vulneración del principio de igualdad en su vertiente de igualdad en la aplicación de la Ley.

El Tribunal desestima el recurso alegando que el recurrente no adjunta a su demanda de amparo —a pesar de ser una carga que corresponde a dicha parte procesal—, ninguna de las Sentencias aducidas como término de contraste para fundamentar la vulneración del artículo 14 CE, “pues la concreta y real aportación de un *tertium comparationis* adecuado por la parte recurrente es el primer requisito desde un punto de vista lógico, para poder apreciar en cada caso específico una eventual vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley”.

## IV. Fuentes del Derecho

Si bien este elemento constituye fundamento suficiente para desestimar el amparo solicitado, el Tribunal añade que no se justifica en modo alguno que los supuestos enjuiciados por las Sentencias que se enuncian como término de contraste sean sustancialmente iguales al juzgado por la Sentencia recurrida en amparo. Tampoco se acredita que se haya producido un cambio de criterio justificado y *ad casum*, discriminatorio para la parte recurrente, que se aparte de una doctrina jurisprudencial previa asentada del Tribunal Supremo con respecto a las cuestiones sobre las que se habría producido una vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 CE).

### **d) La mayor representatividad necesaria para participar en elecciones a Cámaras de Comercio ha de probarse, de lo contrario no puede establecerse un juicio de igualdad**

La STS de 3 de octubre de 2005, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Séptima, Ar. 7271, resuelve un recurso de casación interpuesto por la Confederación Independiente de la Pequeña y Mediana Empresa Valenciana contra Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana. El objeto de la impugnación es el artículo 11.3 de la Resolución de 14 de enero de 1998, de la Dirección General de Comercio y Consumo de la Generalitat Valenciana, por la que se convocaban elecciones para la renovación de los miembros de los Plenos de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana.

El recurso se apoya en la vulneración del artículo 14 CE. La Confederación recurrente considera que se vulneró su derecho a la igualdad puesto que no pudo participar en dichas elecciones al considerarse que otra entidad era más representativa y, por tanto, legitimada para la participación en las mismas. Pero el problema es que esa otra entidad no pudo, según la recurrente, probar su mayor representatividad de acuerdo con las normas existentes, que no llegan a ese grado de desarrollo. La cuestión no está, pues, en la mayor o menor representatividad, sino en el hecho de que no se pudo probar esa representatividad.

Al respecto señala el Tribunal que la falta de una normativa de desarrollo que establezca la forma de prueba no supone una imposibilidad absoluta de probar la mayor representatividad. Siendo un hecho que la recurrente no probó su mayor representatividad. Por lo tanto, no se vulnera la igualdad.

### **c) Igualdad en las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1.1 CE)**

La STC 341/2005, de 21 de diciembre, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de la Asamblea de Madrid 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones. Entre otros preceptos los recurrentes alegaban la vulneración del artículo 149.1.1 CE en relación con el artículo 34 CE que atribuye al Estado la competencia para dictar normas que permitan disfrutar en condiciones de igualdad del derecho de fundación. El Tribunal Constitucional vincula a las citadas condiciones básicas la garantía institucional que otorga al derecho de fundación el artículo 34.1 CE.

En concreto, se cuestiona la constitucionalidad del artículo 27.2 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid que permite al fundador hacer uso de las denominadas cláusulas de reversión de los patrimonios fundacionales, que permiten el derecho de retrocesión de los bienes y derechos de las fundaciones extinguidas hacia su propio patrimonio o el de terceros, con la consiguiente desafectación del patrimonio fundacional al servicio del interés general. Los recurrentes entienden que esta regulación ignora la garantía de instituto de la fundación, que sólo puede existir si concurren la ya mencionada ausencia de ánimo de lucro y la vinculación tanto de la fundación, como de su patrimonio al servicio del interés general. En este sentido la admisibilidad de la reversión de los patrimonios fundacionales vulnera el artículo 34 CE.

El Tribunal, sin embargo, declara el precepto en cuestión conforme con la Constitución siempre que se interprete de forma que no se permitan eventuales cláusulas de reversión que alcancen a bienes o derechos distintos de aquéllos con los que el propio fundador dotó a la fundación, ya que en otro caso, se incurriría en contradicción con la finalidad de interés general que la Constitución impone como esencia de la naturaleza jurídica de la institución.

En esta misma Sentencia se aplica la doctrina constitucional en virtud de la cual la reiteración de la norma estatal que incorpora una condición básica por el legislador autonómico no puede considerarse incursa en un vicio de validez del precepto impugnado, ya que el fin de su reproducción es dotar de inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico.

#### **D) Principio de protección de la confianza**

La STS de 17 de octubre de 2005, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Primera, Ar. 7512, resuelve el recurso de casación interpuesto por un particular contra Sentencia de la Audiencia Nacional referido a la impugnación de una Resolución del Secretario de Estado de Energía y Recursos Minerales de 27 de febrero de 1998, por la que se revoca una subvención de 95.000.000 pesetas para un proyecto de “Producción de combustible vegetal/refino glicerina”, por no haberse llevado a cabo la inversión subvencionada.

Como parte de la argumentación, el Tribunal invoca su propia jurisprudencia sobre el principio de protección de confianza legítima relacionada con el principio de seguridad jurídica y buena fe. El principio de confianza legítima rige las relaciones entre los ciudadanos y la Administración en un Estado social y democrático de Derecho y proporciona el marco de actuación de los particulares en sus relaciones con los poderes públicos administrativos, caracterizado por las notas de previsibilidad y seguridad jurídica. Su normatividad en nuestro ordenamiento jurídico público subyace en las cláusulas del artículo 103 CE. Al aplicar esa jurisprudencia al caso, en concreto, señala el Tribunal que no es posible aplicar este principio a la revocación administrativa de la subvención. El ejercicio de la facultad revocatoria de la subvención no supone violación del principio de confianza le-

## IV. Fuentes del Derecho

gítima, porque en razón de la naturaleza condicional que constituye uno de los principios institucionales de este instrumento promocional, el beneficiario asume directa y exclusivamente el compromiso de cumplir las condiciones impuestas, en este caso, en el marco del Plan de Ahorro y Eficiencia Energética, del que no puede exonerarse en la alegación de que la demora en la consecución de los objetivos es imputable a las Administraciones, dado que la Orden de concesión de subvención no preveía ninguna cláusula que limitase la obligación de cumplir los referidos objetivos energéticos.

### E) Principio de seguridad jurídica

En la **STC 332/2005, de 15 de diciembre**, que resuelve los recursos interpuestos contra el Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones, se aborda la posible vulneración por esta norma del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE).

A juicio del Tribunal, el hecho de reformar la ITV a través de un Decreto-Ley relativo a la liberalización de las telecomunicaciones difícilmente puede considerarse causante de una situación de confusión normativa lesiva del principio de seguridad jurídica, teniendo en cuenta el contenido habitualmente heterogéneo de los Decretos-Leyes, los medios existentes en la actualidad para hallar el Derecho vigente en cada momento, y que dicha reforma se integra en un capítulo autónomo del Decreto-Ley impugnado; la inmediatez de la reforma y la inexistencia de un debate público sobre su impacto no pueden considerarse tampoco lesivos de tal principio ya que ambos elementos son consustanciales a esta fuente del Derecho.

El principio de seguridad jurídica no puede dar lugar a la congelación o petrificación del Ordenamiento. En este caso la Disposición Transitoria del Real Decreto-Ley analizado, que prevé la subsistencia de las concesiones y autorizaciones vigentes, con la única salvedad de imponer la adaptación a los requisitos técnicos exigibles a las nuevas instalaciones de ITV, resulta plenamente coherente con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico y no plantea ningún problema desde el punto de vista del principio de seguridad jurídica.

Tampoco vulnera el citado principio la remisión reglamentaria de la determinación de los requisitos técnicos que deben cumplir las instalaciones de ITV. Dicha regulación no provoca incertidumbre ni confusión normativa dado que la competencia para determinar dichos requisitos corresponde al Estado, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en materia de industria puedan dictar disposiciones complementarias que no violen los mandatos o impidan alcanzar los fines perseguidos por la legislación estatal; no puede considerarse que la determinación del destinatario de dicha remisión o la posible contradicción con los requisitos vigentes planteen problemas desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

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. Clases de actos administrativos.** A) Actos del Gobierno.

a) La intervención del Consejo de Ministros en el procedimiento de extradición activa constituye un acto administrativo del Gobierno. B) Actos de trámite. a) La declaración de impacto ambiental es un acto de trámite inimpugnable. b) La incoación de un expediente de expulsión a un extranjero del territorio nacional es un acto de trámite inimpugnable. c) La aprobación inicial de los Estatutos de un Patronato municipal es un acto de trámite inimpugnable. d) No constituye un acto de trámite la Orden de la Consejería de Medio Ambiente por la que se inicia el procedimiento de elaboración de un Plan de Ordenación de Recursos Naturales.

**3. Requisitos del acto administrativo.** A) Motivación. a) Finalidad de la motivación y su conexión con el derecho de defensa. B) Actuación administrativa fuera del plazo legalmente determinado. a) En el caso del derecho de reunión la comunicación tardía de la Administración de la prohibición de la reunión sólo resulta ilegal cuando impide la impugnación eficaz de la misma. **4. Procedimiento administrativo.**

A) Audiencia. a) Si no se producen modificaciones sustanciales no es necesario abrir de nuevo el trámite de audiencia. B) Derecho de acceso a los documentos administrativos. a) No se puede entender el derecho a obtener información como una facultad ilimitada. C) Informes. a) Valor de los informes realizados por técnicos municipales en el procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas. D) Caducidad. a) No existía un plazo legalmente establecido para la caducidad de un expediente de deslinde aprobado antes de la entrada en vigor de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC. E) Silencio administrativo. a) Régimen del silencio antes de la modificación de la LRJPAC llevada a cabo por la Ley 4/1999. **5. Procedimiento adm-**

**nistrativo sancionador.** A) Preferencia del procedimiento penal sobre el administrativo.

a) Paralización del procedimiento administrativo en tanto que no finalice el procedimiento penal. B) El derecho a ser informado de la acusación. a) El derecho a ser informado de la acusación (artículo 24.2 CE) se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución.

C) Valor de las actas de inspección. a) Las actas de inspección gozan de una presunción de certeza en cuanto a su descripción fáctica. D) Caducidad. a) Efectos de la tramitación de un proceso penal sobre el cómputo de la caducidad de un procedimiento administrativo sancionador. b) Efectos de la declaración de caducidad sobre un procedimiento administrativo sancionador.

**6. Eficacia y ejecución forzosa.** A) No es un acto susceptible de impugnación autónoma el requerimiento de ejecución de un aval bancario, al tratarse de una garantía para la ejecución de un acto administrativo. B) Nulidad de una resolución administrativa que no había sido previamente notificada al particular.

**7. Eliminación del acto administrativo.** A) Nulidad por omisión del procedimiento legalmente establecido. a) Se aprecia dicha nulidad cuando se infringen los principios esenciales de audiencia y conformidad del interesado. B) Anulabilidad por defectos formales. a) Para la apreciación de la anulabilidad por vicios de forma es necesario que se haya causado un perjuicio real y efectivo al recurrente en sus posibilidades de defensa.

**8. Convalidación del acto administrativo.** A) No cabe la delegación de la facultad de convalidación en un órgano administrativo con el fin de que convalide sus actos anteriores viciados de incompetencia jerárquica. **9. Confirmación del acto administrativo.** A) Requisitos para entender que un acto es confirmación o reproducción de otro anterior.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de abril a septiembre de 2005 con respecto a las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, y entre los meses de enero a julio del mismo año, por lo que respecta a las del Tribunal Supremo. En este período se sigue la jurisprudencia consolidada en cuestiones relativas a los requisitos del acto y al procedimiento administrativo. Presenta interés un pronunciamiento del Tribunal Supremo que fiscaliza la resolución adoptada por el Consejo de Ministros en un procedimiento de extradición activa, que se califica como acto administrativo. Discrepa

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

de esta solución judicial el voto particular formulado por varios magistrados que consideran que se trata de una decisión política del Gobierno, susceptible también de control judicial pero con un alcance más limitado (en lo relativo a los derechos fundamentales y a los elementos reglados del acto). También resulta de interés una sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco, en la que se acepta la validez de la resolución administrativa por la que se prohíbe la realización de una manifestación, aun cuando dicha prohibición se efectúa fuera del plazo legalmente establecido.

### 2. CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

#### A) Actos del Gobierno

##### a) La intervención del Consejo de Ministros en el procedimiento de extradición activa constituye un acto administrativo del Gobierno

La STS de 31 de mayo de 2005, Ar. 5531, considera que el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se decide la extradición activa es “un acto administrativo que el legislador atribuye al Gobierno que se encuadra en el artículo 5.k) de la Ley del Gobierno en el que se establece que corresponde al Consejo de Ministros “ejercer cuantas otras atribuciones le confieran la Constitución, las Leyes y cualquier otra disposición”. Consecuentemente, en la propia sentencia se explica, FD 3º, que no se trata de un acto político del Gobierno, por el que se exprese la dirección de la política exterior del Estado. Frente al parecer de la Sala, dos magistrados formulan un voto particular en el que sostienen que se trata de un acto político, lo que no excluye su control jurisdiccional, aunque éste se ve limitado a la protección de los derechos fundamentales y al cumplimiento de los elementos reglados de dicha actividad [artículo 2.a) LJCA].

#### B) Actos de trámite

##### a) La declaración de impacto ambiental es un acto de trámite inimpugnable

Conforme sostiene la STS de 21 de enero de 2004, Ar. 5665, “el legislador optó por configurar la declaración de impacto ambiental (DIA) como un acto administrativo que, no obstante su esencialidad, participa de la naturaleza propia de los actos de trámite, o no definitivos, pues su funcionalidad es la de integrarse en el procedimiento sustantivo, como parte de él, para que sea tomado en consideración en el acto que le ponga fin, el cual, sin embargo, no queda necesariamente determinado –ni en el sentido de la decisión, autorizatoria o denegatoria, ni en el contenido de las condiciones de protección medioambiental– por la conclusión o juicio que en aquélla se haya alcanzado. Su carácter instrumental o medial con respecto a la decisión final, y su eficacia jurídica, no permiten conceptualarla como una resolución definitiva, directamente impugnabile en sede jurisdiccional. Ni tampoco conduce a ello el que la DIA sea el precipitado de unos trámites precedentes (iniciación, consultas, información al titular del proyecto, estudio de impacto ambiental, información pública, informes) ordenados procedimentalmente, pues todo

ello constituye meras secuencias lógicamente necesarias o convenientes para la formación del juicio en que la DIA consiste, que no transforma su naturaleza jurídica. Ni su enorme trascendencia, también predicable de otros dictámenes, como es obvio”.

**b) La incoación de un expediente de expulsión a un extranjero del territorio nacional es un acto de trámite inimpugnable**

Esta afirmación se contiene en la STS de 31 de mayo de 2005, Ar. 5748, en relación con un procedimiento administrativo de expulsión en el que no había recaído resolución definitiva.

**c) La aprobación inicial de los Estatutos de un Patronato municipal es un acto de trámite inimpugnable**

Así lo entiende la STSJ de Madrid de 13 de abril de 2005, Ar. 633.

**d) No constituye un acto de trámite la Orden de la Consejería de Medio Ambiente por la que se inicia el procedimiento de elaboración de un Plan de Ordenación de Recursos Naturales**

Así se desprende de la STSJ de Galicia de 11 de mayo de 2005, Ar. 559, que considera que aunque la Orden impugnada inicia el procedimiento de elaboración de un plan de ordenación de recursos naturales, lo cierto es que contiene decisiones autónomas respecto de las que ha de posibilitarse la impugnación, como la delimitación territorial del Plan que va a aprobarse o la prohibición de la realización de actos que supongan una transformación sensible de la realidad física o biológica. Sostiene esta conclusión el Tribunal autonómico al amparo de la doctrina jurisprudencial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, que tiende a una interpretación restrictiva de los actos de trámite a efectos de excluir el acceso inmediato a la jurisdicción contencioso-administrativa.

### 3. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

#### A) Motivación

**a) Finalidad de la motivación y su conexión con el derecho de defensa**

El Tribunal Supremo, en STS de 23 de marzo de 2005, Ar. 5677, se pronuncia sobre esta cuestión aludiendo a la finalidad de la motivación del acto administrativo, “la de que el interesado conozca los motivos que reconducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto (...) y que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución, y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

impuesta no sólo por el artículo 24.2 CE sino también por el artículo 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa)”. En este caso, en el que el Tribunal controla la legalidad del acto por el que se deniega una licencia de armas, se recuerda que “la obligación de motivar no está prevista sólo como garantía del derecho a la defensa de los ciudadanos, sino que tiende también a asegurar la imparcialidad de la actuación de la Administración, así como de la observancia de las reglas que disciplinan el ejercicio de las potestades que le han sido atribuidas”. En este sentido, y siguiendo jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se afirma que el fundamento de la decisión ha de constituir la aplicación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni fruto de un error patente, de la legalidad. En aplicación de esta doctrina, se desestima el recurso interpuesto.

### **B) Actuación administrativa fuera del plazo legalmente determinado**

#### **a) En el caso del derecho de reunión la comunicación tardía de la Administración de la prohibición de la reunión sólo resulta ilegal cuando impide la impugnación eficaz de la misma**

Ésta es la conclusión a la que, siguiendo jurisprudencia constitucional, llega el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en **STSJ del País Vasco de 13 de agosto de 2005**, Ar. 605. En este supuesto el Tribunal evita así que la extemporaneidad sirva para desproteger otros derechos fundamentales, que pudieran entrar en colisión con el derecho de reunión. Concretamente al respecto se dice en el FD 3º de la citada sentencia lo siguiente: “El plazo establecido por el artículo 10 de la LO está al servicio, por tanto, de la seguridad jurídica de quien ha comunicado la manifestación, a quien se garantiza que en un plazo razonable pueda conocer el juicio de ponderación al que ha llegado la Administración, de manera que esté en condiciones de guiar su conducta subsiguiente teniéndolo en cuenta. Pero siendo la preservación de valores y derechos fundamentales lo que justifica la posibilidad de prohibir la manifestación comunicada, no resulta razonable pretender que el transcurso del plazo legal releve a la Administración de la tarea encomendada”.

No obstante, el tribunal considera que el incumplimiento de plazo para prohibir puede generar efectos jurídicos, en atención a la protección del principio de confianza legítima, pero no la posibilidad de prohibir el ejercicio del derecho más allá del límite temporal que establece en este caso el ordenamiento jurídico (de 72 horas conforme al artículo 10 de la Ley orgánica del Derecho de reunión).

## **4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

### **A) Audiencia**

#### **a) Si no se producen modificaciones sustanciales no es necesario abrir de nuevo el trámite de audiencia**

Así se recoge en la **STS de 22 de marzo de 2005**, Ar. 5671, en relación con un procedimiento de deslinde, en el que, a juicio del Tribunal, no concurre el presupuesto de estar

ante modificaciones sustanciales del proyecto respecto de la delimitación provisional realizada previamente, por lo que no procede abrir un nuevo período de información pública, así como dar audiencia a los propietarios o a los titulares de los derechos afectados.

## **B) Derecho de acceso a los documentos administrativos**

### **a) No se puede entender el derecho a obtener información como una facultad ilimitada**

Esta afirmación se contiene en la STS de 13 de junio de 2005, Ar. 5875, en la que en relación con las peticiones de información realizadas por un Ayuntamiento al Ministerio competente para la construcción de una autovía, y en aplicación de la regulación prevista en el artículo 37 LRJPAC, se dice: “Ha de existir un interés particular y concreto con relación a uno o varios documentos, previamente determinados sin que sea admisible que se practiquen peticiones genéricas. El derecho a la información no puede ir más allá de lo que consta en los archivos y ha de ser el propio ciudadano el que tras un examen de los mismos determine los documentos que precisa, atendiendo a su interés particular, no siendo ajustado a la legalidad que la petición comporte una labor investigadora adicional de búsqueda por parte de la Administración”.

## **C) Informes**

### **a) Valor de los informes realizados por técnicos municipales en el procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas**

Conforme la STSJ de Madrid de 14 de julio de 2005, Ar. 684, dichos informes gozan de presunción de objetividad, veracidad y certeza establecida en el artículo 137 LRJPAC, en la medida que se trata de funcionarios públicos, que *prima facie*, carecen de toda vinculación o interés respecto de la licencia solicitada. Dicha presunción, al ser *iuris tantum*, puede ser destruida mediante prueba en contrario que habrá de ser asimismo de carácter técnico dadas las especiales características de la elaboración de los proyectos de obras e instalaciones en relación con las normas urbanísticas y medioambientales que sean de aplicación.

## **D) Caducidad**

### **a) No existía un plazo legalmente establecido para la caducidad de un expediente de deslinde aprobado antes de la entrada en vigor de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC**

Así lo entiende el Tribunal Supremo, en STS de 12 de noviembre de 2004, Ar. 5660, en la que se considera que no resulta de aplicación el artículo 42.2 LRJPAC, porque sólo se refiere a los procedimientos iniciados a instancia de parte, que no era el caso, porque en este supuesto concreto el procedimiento de deslinde se había iniciado de oficio; y tampoco resultaba, a juicio de la citada sentencia, de aplicación la regulación de la caducidad

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

prevista en el artículo 43.4 LRJPAC, que se refiere a los procedimientos no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos lo que, según el Tribunal Supremo, sólo cabe referirlo a los procedimientos sancionadores.

En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 19 de julio y 20 de julio de 2005, Ar. 5839 y 5483, en la que se considera, siguiendo jurisprudencia anterior, que el procedimiento de deslinde no puede “calificarse de limitador o restrictivo de derechos (...), pues tiene como finalidad la protección del interés general en declarar o constatar el dominio público marítimo terrestre definido por la Ley, e incluso, en los procedimientos iniciados a instancia de los particulares, el artículo 92.4 de la repetida Ley 30/1992 prevé la inaplicabilidad de la caducidad cuando la cuestión suscitada afecte al interés general o fuese conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento (...)”

### E) Silencio administrativo

#### a) El régimen del silencio antes de la modificación de la LRJPAC llevada a cabo por la Ley 4/1999

Conforme declara el Tribunal Supremo, en STS de 23 de junio de 2005, Ar. 5926, las resoluciones sobre las que no hubiera recaído resolución en plazo, quedarían estimadas si la normativa de aplicación no estableciera lo contrario, como ocurría en el caso objeto de enjuiciamiento, relativo al reconocimiento de la condición de refugiado y derecho al asilo.

## 5. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### A) Preferencia del procedimiento penal sobre el administrativo

#### a) Paralización del procedimiento administrativo en tanto que no finalice el procedimiento penal

El TS en SSTS de 25 de mayo y 31 de mayo de 2005, Ar. 5603 y 5746, viene a declarar que el artículo 25 de la Constitución, en particular relativo al principio *non bis in idem* exige la tramitación y finalización del procedimiento administrativo sancionador antes de la terminación del proceso penal cuando se impone una doble sanción, penal y administrativa, por unos mismos hechos que vulneran el mismo bien jurídico protegido. En el supuesto enjuiciado, aunque se produjeron los mismos hechos, existían unos bienes jurídicos diferentes, que daban lugar por un lado, a un delito, y por otro, a una infracción administrativa. En estos casos la paralización del procedimiento administrativo encuentra su razón de ser en el principio de preferencia de la tramitación del procedimiento penal, que se establece en el artículo 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, y que, según afirma el Tribunal, se basa en que la apreciación de los hechos –constitutivos al mismo tiempo de delito y de infracción administrativa– debe ser realizada por la jurisdicción penal, ya que los hechos declarados por ésta no pueden ser contradichos por la Administración.

**B) El derecho a ser informado de la acusación****a) El derecho a ser informado de la acusación (artículo 24.2 CE) se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución**

Esto reconoce la SAN de 18 de marzo de 2005, Ar. 654, en relación con una sanción impuesta a una sociedad que presta la actividad de servicio de telecomunicaciones. Caben, a juicio de la sentencia, que sigue en este punto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, excepciones a esta regla. Así en el fundamento de derecho segundo, se dice: “aquel trámite (se refiere a la propuesta de resolución) podrá dejar de ser imprescindible desde la óptica de la plena satisfacción del derecho fundamental citado, si en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso”.

**C) Valor de las actas de inspección****a) Las actas de inspección gozan de una presunción de certeza en cuanto a su descripción fáctica**

Así se desprende de la STSJ de Madrid de 7 de septiembre de 2005, Ar. 674, que aplica en este sentido la legislación vigente y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Esta presunción se basa, a juicio de la sentencia, en la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al funcionario público actuante; presunción de certeza perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la constitución (...), sin que, a juicio de esta sentencia, “se reconozca la inicial infalibilidad o veracidad a las simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas, si bien, la presunción de que se trata, por su misma naturaleza *iuris tantum*, cede y decae cuando se aportan pruebas acreditativas de la falta de correspondencia entre lo consignado en el acta y la realidad de los hechos (...)”

Así se deriva también de la STSJ de Cataluña de 2 de junio de 2005, Ar. 519, en aplicación del artículo 137.3 LRJPAC, y en relación con los informes y actas extendidas por los inspectores de la Sección de Inspección de Asistencia Sanitaria y los informes de la División de Química y Tecnología Farmacéutica de la Agencia Española del Medicamento.

**D) Caducidad****a) Efectos de la tramitación de un proceso penal sobre el cómputo de la caducidad de un procedimiento administrativo sancionador**

A este respecto entiende el Tribunal Supremo, en STS de 7 de junio de 2005, Ar. 5888, que “la existencia de causa penal por los mismos hechos del expediente, supone la concurrencia de causa de suspensión del procedimiento sancionador que produjo el efecto interruptivo del cómputo del plazo de la caducidad”.

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

### b) Efectos de la declaración de caducidad sobre un procedimiento administrativo sancionador

Sobre los efectos de la declaración de caducidad de un procedimiento sancionador se pronuncia la **STS de 24 de febrero de 2004**, Ar. 5662, en la que se declara que al enjuiciar la conformidad a derecho de aquella declaración ha de controlarse asimismo la decisión sobre los efectos de la declaración, y en concreto, la decisión que ordena la conservación de determinados actos. Concretamente entiende el Tribunal Supremo que aunque el acuerdo de iniciar el nuevo expediente sancionador, en caso de que fuera posible, puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con valor de denuncia, determinaron la iniciación del expediente caducado, no cabe que, en cambio, en el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero, esto es, las surgidas y documentadas en éste a raíz de su incoación. Se refiere el tribunal a que no es posible conservar las actuaciones de carácter y con valor de prueba practicadas en el procedimiento caducado con la finalidad de que surtan efecto en el nuevo procedimiento sancionador que pueda incoarse, pues esto no es conforme con el mandato legal de “archivo de actuaciones”, que es un efecto de la declaración de caducidad.

## 6. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

### A) No es un acto susceptible de impugnación autónoma el requerimiento de ejecución de un aval bancario, al tratarse de una garantía para la ejecución de un acto administrativo

Considera el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en **STSJ de Madrid de 6 de septiembre de 2005**, Ar. 673, que el requerimiento realizado por un Ayuntamiento a una entidad bancaria para que ingrese en las arcas municipales el aval constituido en concepto de fianza para responder de las obligaciones de urbanización que fueron asumidas como condición de una licencia de edificación no es un acto autónomo susceptible de impugnación.

### B) Nulidad de una resolución administrativa que no había sido previamente notificada al particular

No es conforme a derecho la resolución municipal por la que se ordena la colocación de una instalación de alumbrado público en la fachada de una casa de propiedad privada. Así lo entiende el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en **STSJ de Aragón de 28 de febrero de 2005**, Ar. 585, que anula dicha resolución municipal porque no había sido notificada al particular propietario afectado y porque un informe pericial ponía de manifiesto que la mencionada instalación entrañaba riesgo de recibir descargas eléctricas de rayos en tiempo de tormenta. Sostiene el Tribunal que esta forma de proceder por parte del Ayuntamiento, vulnera lo dispuesto en la Ley 30/1992, sobre las notificaciones de los actos que impone el artículo 58 de la misma, en relación con aquellas resoluciones que puedan afectar a los derechos e intereses de los interesados.

## 7. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

### A) Nulidad por omisión del procedimiento legalmente establecido

#### a) Se aprecia dicha nulidad cuando se infringen los principios esenciales de audiencia y conformidad del interesado

Así se declara por el Tribunal Supremo, en STS de 15 de marzo de 2005, Ar. 4918, en relación con el nombramiento de juez sustituto por parte del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

### B) Anulabilidad por defectos formales

#### a) Para la apreciación de la anulabilidad por vicios de forma es necesario que se haya causado un perjuicio real y efectivo al recurrente en sus posibilidades de defensa

Así lo sostiene el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en STSJ de Madrid de 7 de septiembre de 2005, Ar. 674, en la que, siguiendo jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se dice literalmente (FD 2º): “(...) en un procedimiento administrativo lo verdaderamente decisivo es si el sujeto ha podido alegar y probar lo que estimase por conveniente en los aspectos esenciales del conflicto en el que se encuentra inmerso, atendiendo que la indefensión relevante viene a ser una situación en la que tras la infracción de normas de procedimiento se impide a alguna de las partes el derecho de defensa ejercitando el derecho de contradicción (...); indefensión que ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción administrativa, sino que éste haya causado un perjuicio real y efectivo para el recurrente en sus posibilidades de defensa”.

## 8. CONVALIDACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

### A) No cabe la delegación de la facultad de convalidación en un órgano administrativo con el fin de que convalide sus actos anteriores viciados de incompetencia jerárquica

Ésta es la interpretación que realiza la STSJ de Galicia de 29 de junio de 2005, Ar. 561, en la que, con base en los artículos 62, 63 y 67.3 LRJPAC, se afirma lo siguiente: “(...) para que la convalidación del vicio de incompetencia jerárquica pueda operar es imprescindible que sea llevada a cabo por el superior jerárquico del que dictó el acto viciado, de modo que, siendo la facultad de convalidación específica de dicho superior jerárquico, no puede delegarla a favor del mismo órgano que dictó el acto viciado para que sea éste quien convalide su propio acto. De lo que se trata es de que el acto viciado sea examinado por el superior jerárquico (...)”. De esta manera el Tribunal gallego se basa en sentencias del Tribunal Supremo en las que se configura la convalidación como un acto administra-

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

tivo por cuya virtud el órgano competente ratifica el contenido del acto dictado por otro órgano incompetente.

### 9. CONFIRMACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

#### A) Requisitos para entender que un acto es confirmación o reproducción de otro anterior

Como señala la STSJ de Galicia de 17 de noviembre de 2004, Ar. 507, para estimar que una resolución administrativa es reproducción o confirmación de otra, la jurisprudencia ha exigido que se presente identidad de contexto, que se trate de los mismos hechos y argumentos, que la segunda decisión administrativa recaiga sobre peticiones resueltas en el propio expediente y respecto al mismo interesado y que el segundo acto no amplíe el inicialmente adoptado en su contenido y fundamento.

JULIA ORTEGA BERNARDO

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN



## Contratos de las Administraciones Públicas

### Sumario:

**1. Consideración preliminar. 2. Contratos administrativos y contratos privados.** A) Un contrato celebrado entre la Administración y un particular para el aprovechamiento cinegético de unos determinados montes catalogados de utilidad pública es un contrato de naturaleza administrativa. **3. Actos preparatorios y requisitos de los contratos.** A) Plazo para la presentación de proposiciones. Cómputo días inhábiles: distinción con días no laborables.

**4. Formas de adjudicación.** A) Concurso. a) El establecimiento como “criterio de adjudicación” la “experiencia en contratos similares realizados”, sólo es ajustado a Derecho cuando en el expediente de contratación se ha justificado debidamente alguna singularidad que hiciera necesario recurrir a esa condición. **5. Ejecución de los contratos.** A) El plazo para solicitar el pago de obras ordenadas verbalmente que modifican el proyecto adjudicado no está sometido a las prescripciones de la Ley 30/1992. B) Ante un contrato nulo, no cabe por el contratista reclamar intereses de demora por el retraso en el pago. C) Cesión de los contratos. Alcance de la autorización de la Administración contratante. **6. Contratos administrativos típicos.** A) Contrato de obras. a) Naturaleza de las certificaciones de obra.

### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de septiembre de 2005 a enero de 2006, por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y los meses de agosto de 2005 a febrero de 2006, en relación con las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

### 2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

**A) Un contrato celebrado entre la Administración y un particular para el aprovechamiento cinegético de unos determinados montes catalogados de utilidad pública es un contrato de naturaleza administrativa**

La STS de 14 de junio de 2005, Ar. 5873, establece en sus FFDD 3º y 4º que un contrato celebrado entre la Administración y un particular para el aprovechamiento cinegético de

unos determinados montes catalogados de utilidad pública es un contrato de naturaleza administrativa. El Alto Tribunal fundamenta la calificación de este contrato como administrativo en la propia Ley de Montes, pues de su regulación se infiere que el aprovechamiento cinegético de un monte catalogado de utilidad pública afecta directamente a los intereses públicos o generales. Ha de tenerse en cuenta que el Tribunal aplica la derogada Ley de Montes de 1957, en la que los Montes Catalogados de Utilidad Pública aún no tienen la naturaleza demanial que sí les atribuye la actual Ley de Montes 23/2003, y que hace aún más evidente la calificación de este contrato para el aprovechamiento cinegético de montes catalogados como contrato administrativo.

### 3. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

#### A) Plazo para la presentación de proposiciones. Cómputo días inhábiles: distinción con días no laborables

La STS de 18 de abril de 2005, Ar. 4562, FFDD 1º y 2º, establece que, en aplicación del artículo 48 de la Ley 30/1992, no pueden equipararse “día no laborable” y “día inhábil para el cómputo de plazos”. Los días inhábiles serán los que fijen la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, en su respectivo ámbito, en el “calendario de días inhábiles a efectos de cómputos de plazos”. Por lo tanto, en una determinada licitación en la que se fija el último día para la presentación de proposiciones el día 24 de diciembre –que en virtud de un convenio colectivo aplicable a los empleados públicos del Ayuntamiento licitante es no laborable–, el Alto Tribunal declara que dicho día 24 de diciembre es, a todos los efectos, día hábil, pues no se considera día inhábil en el calendario de días inhábiles a efectos de cómputos de plazos. En consecuencia estima el Tribunal que la empresa licitadora al presentar la correspondiente proposición el día 26 de diciembre, incurrió en extemporaneidad, sin que pueda ser de aplicación a este supuesto el principio de *favor actionis*, porque supondría una vulneración del principio de igualdad.

### 4. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

#### A) Concurso

a) El establecimiento como “criterio de adjudicación” la “experiencia en contratos similares realizados”, sólo es ajustado a Derecho cuando en el expediente de contratación se ha justificado debidamente alguna singularidad que hiciera necesario recurrir a esa condición

La STS de 5 de julio de 2005, Ar. 5205, FFDD 1º y 4º, afirma que es contrario al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000 (artículos 86 y 11), una cláusula de unos Pliegos de Condiciones Administrativas Generales aproba-

dos para la adjudicación por concurso de un contrato de gestión de servicio público de abastecimiento de aguas, por la que se establece como “criterio de adjudicación”, entre otros, el de “experiencia en contratos similares realizados”, con una valoración de hasta un máximo de 20 puntos. El Alto Tribunal señala que dicha cláusula es contraria a la doctrina del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, pues “(...) en el expediente de contratación no existe la más mínima constancia de que la gestión de abastecimiento de aguas tuviera alguna singularidad –regional o poblacional– que hiciera necesario recurrir a esa condición, por lo que no puede justificarse la discriminación en la experiencia.

### 5. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

#### **A) El plazo para solicitar el pago de obras ordenadas verbalmente que modifican el proyecto adjudicado no está sometido a las prescripciones de la Ley 30/1992**

Como confirma la STS de 25 de octubre de 2005, Ar. 8290, FD 2º, la reclamación del pago de unas obras adicionales ordenadas verbalmente no constituyen un supuesto de responsabilidad patrimonial extracontractual sometido al plazo de un año, sino que se trata de una reclamación contractual que trata de evitar una situación de enriquecimiento injusto.

#### **B) Ante un contrato nulo, no cabe por el contratista reclamar intereses de demora por el retraso en el pago**

La existencia de un contrato nulo determina que el autor material de las obras no pueda reclamar los intereses por demora en el pago de las correspondientes certificaciones, dado que al resultar aplicable el artículo 65 del Texto Refundido las partes están obligadas a restituirse recíprocamente las cosas o resarcirse, indemnizando los daños y perjuicios la parte culpable, como señala la STS de 24 de octubre de 2005, Ar. 8135, FD 4º.

#### **C) Cesión de los contratos. Alcance de la autorización de la Administración contratante**

Partiendo del hecho de que la finalidad de la previa autorización administrativa de la cesión de un contrato administrativo es garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones derivadas del mismo la STS de 14 de octubre de 2005, Ar. 8519, FD 2º, confirma la obligación del cedente y del fiador de devolver el anticipo de maquinaria realizado por la Administración, sin que ello pueda ser reclamado a la entidad cesionaria, puesto que en el contrato suscrito entre la empresa cedente y esta última se estipuló que las obligaciones anteriores a la firma seguirían siendo de cuenta del cedente.

## 6. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

### A) Contrato de obras

#### a) Naturaleza de las certificaciones de obra

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 14 de octubre de 2005, Ar. 946, afirma, a efectos de la apreciación o no de acto firme y consentido, que la naturaleza jurídica de las certificaciones de obras es la de simples actos de trámite, mientras que, por el contrario, la liquidación final de la obra, si se acompaña con la recepción de la obra y con la devolución de las fianzas depositadas en garantía del cumplimiento del contrato, lo que implica que se ha realizado una liquidación definitiva de la obra, debe configurarse como un acto definitivo, el cual habrá sido consentido si no se recurre en tiempo y forma.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO  
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

**VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA****Sumario:**

**1. Administración del Estado. Límites de las facultades del Gobierno en funciones:** acuerdo de extradición pasiva. **2. Comunidades Autónomas. Consejos consultivos autonómicos:** dictamen obligatorio en el supuesto de aprobación de reglamentos ejecutivos. **3. Organismos autónomos: Naturaleza jurídica de los organismos de prestación de la asistencia sanitaria a cargo de la Seguridad Social.** **4. Corporaciones de Derecho Público. Cámaras de Comercio: facultad de creación de sociedades mercantiles.** **5. Relaciones organizativas.** A) Transferencia de medios personales entre Administraciones: debe respetar el principio de igualdad. B) Convenios de colaboración entre una Comunidad Autónoma y entes locales. No pueden afectar a materias que son competencia de otra Comunidad Autónoma. **6. Administración local.** A) Alteración de términos municipales: no es un derecho de los vecinos. B) Consorcios. a) Posibilidad de su creación por las Comarcas en Cataluña. b) Aportaciones municipales. C) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. a) Impugnación de acuerdo de una entidad local por un Concejal de la Corporación que no votó en contra: improcedencia. b) Impugnación de acuerdos de las entidades locales por la Administración del Estado. Legitimación para impugnar por supuesta vulneración del ordenamiento. D) Organización municipal: competencias de los Alcaldes: la prevista en el artículo 21.m) LBRL es indelegable. E) Padrón Municipal. Procedimiento de alta en el mismo. **7. Colegios Profesionales y profesiones tituladas.** A) Los títulos para el ejercicio de una profesión deben ser regulados por una Ley formal. B) No puede excluirse de las Asambleas Generales de Colegios a los Colegios que no estén al corriente de sus obligaciones con el Consejo General. C) Tanto los Colegios Profesionales como los Consejos Generales son Corporaciones de Derecho Público y están sometidos a tutela de la Administración territorial.

## **1. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. LÍMITES DE LAS FACULTADES DEL GOBIERNO EN FUNCIONES: ACUERDO DE EXTRADICIÓN PASIVA**

La STS de 20 de septiembre de 2005, Ar. 7502, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una ciudadana británica, por el que impugna el acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de abril de 2004 en el que se aprobaba su entrega a las autoridades italianas, en virtud de providencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. La demandante estima que dicho acuerdo es nulo, entre otros motivos, por falta de competencia del Consejo de Ministros puesto que en los Reales Decretos 448 y 449/2004, de 15 de marzo, se había cesado al Presidente y a los demás miembros del gabinete, los cuales continuarían en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Presidente y Gobierno.

El Alto Tribunal estima que efectivamente el Gobierno cesante se excedió en los límites competenciales que le confiere el artículo 21.3 de la Ley 50/1997, en relación con el artículo 6.2 de la Ley 4/1985, puesto que al pronunciarse sobre la procedencia o no de la 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, como es conceder o denegar la extradición pasiva. Después del cese, la actividad gubernamental debe respetar una serie de restricciones. La Constitución no dice nada sobre las posibles limitaciones de un Gobierno en funciones, pero la práctica constitucional ha limitado su gestión a los asuntos de trámite. Hoy la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, contempla una serie de requisitos y limitaciones, en el entendimiento de tener un tratamiento coherente de lo que es la fiducia quebrada entre las Cortes Generales y un Gobierno en funciones, y la pervivencia de determinados órganos de control que permitan establecer un control estable. En el número 3 del artículo 21 se precisa que “el Gobierno en funciones limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas, teniendo en cuenta que, el objetivo último de toda su actuación radica en la consecución de un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno”. El Gobierno cesante debe por lo tanto encargarse de la gestión administrativa ordinaria ausente de valoraciones y decisiones en las que entren criterios políticos salvo que se motive debidamente la urgencia o las razones de interés general que justifiquen la adopción de medidas de otra naturaleza.

## **2. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. CONSEJOS CONSULTIVOS AUTONÓMICOS: DICTAMEN OBLIGATORIO EN EL SUPUESTO DE APROBACIÓN DE REGLAMENTOS EJECUTIVOS**

La STSJ de Canarias de 2 de septiembre de 2005, Ar. 968, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una sociedad mercantil contra el Decreto 53/2003, de 30 de abril, por el que se regula la instalación y la explotación de los parques eólicos en

## VI. Organización Administrativa

el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias. El tribunal estima el recurso al comprobar que la Exposición de Motivos de la disposición mencionada reconoce que dicha norma se redactó en consonancia con la Ley 54/1997, de 2 de noviembre, del Sector Eléctrico, y la Ley Territorial 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del Sector Eléctrico Canario, así como teniendo en cuenta la normativa comunitaria en la materia y otras disposiciones de régimen especial, realizando un desarrollo reglamentario de las previsiones de la Ley 54/1997 en materia de energía eólica, por lo que estamos ante una legislación de desarrollo respecto a las bases, y por tanto ante un reglamento ejecutivo, por lo que se debió informar al Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma.

El contenido de la norma impugnada no se limita a cuestiones técnicas, puesto que complementa la normativa regulando las condiciones técnico-administrativas de las instalaciones eólicas ubicadas en Canarias. Por lo tanto, todo ello supone una innovación en la regulación existente que incide sobre los derechos de las sociedades o particulares que venían desarrollando libremente, la actividad de producción de energía eólica. Este Tribunal recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2003 en la que destaca que, en supuestos análogos al presente, “nos encontramos ante una norma de ejecución sujeta a aquel dictamen [el del Consejo Consultivo competente], en aquellos casos en que se produce una innovación trascendente –no meramente marginal– del ordenamiento jurídico para llenar el espacio no cubierto por la norma habilitante y que ésta dispone que se complete por el titular de la potestad reglamentaria”. La omisión del dictamen preceptivo del Consejo consultivo de la Comunidad Autónoma, concluye, supone prescindir de un trámite de decisiva importancia en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, lo que acarrea la nulidad de la disposición, de conformidad con el artículo 62.2 de la Ley 30/1992.

### **3. ORGANISMOS AUTÓNOMOS. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ORGANISMOS DE PRESTACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA A CARGO DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

El TSJ de Aragón analiza en la STSJ de Aragón de 26 de julio de 2005, Ar. 2318, la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), MUFACE, MUGEJU e ISFAS, aclarando que tras la culminación en 2002 del proceso de transferencias en materia de asistencia sanitaria de la Administración Central del Estado a las distintas Administraciones autonómicas, fueron dictados los Reales Decretos 840/2002, de 2 de agosto, 1087/2003, de 29 de agosto, y 1746/2003, de 19 de diciembre, en los que se determinó la desaparición del Instituto Nacional de Salud (INSALUD) como entidad gestora de la Seguridad Social encargada de efectuar la prestación de asistencia sanitaria, siendo sustituida por otra entidad, conforme a lo determinado en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley General de Sanidad (a través del artículo 15 del RD 1476/2003), el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, INGESA, cuya misión ya no es con exclusividad la prestación de asistencia sanitaria a los afiliados y beneficiarios de la Seguridad Social, sino que corresponde a la nueva entidad la gestión de los derechos y obligaciones del INSALUD, las prestaciones sanitarias únicamente en el ámbito de las Ciudades de Ceuta y Melilla y realizar cuantas otras actividades sean necesarias para el normal funcionamiento de sus servicios.

La asistencia sanitaria a cargo del sistema de la Seguridad Social es prestada en la actualidad, además de por MUFACE, MUGEJU e ISFAS, por los distintos Servicios de Salud creados por las Comunidades Autónomas en ejercicio de las competencias transferidas desde la Administración del Estado y de las reconocidas en el ordenamiento jurídico vigente, pero tales Servicios de Salud carecen del carácter de entidades gestoras de la Seguridad Social. Son, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2003, “organismos autónomos de carácter administrativo dependientes de cada una de las Comunidades Autónomas que los crearon para la efectiva y cabal prestación de la asistencia sanitaria a los afiliados y beneficiarios del Sistema de la Seguridad Social, que realizan funciones análogas a las que antes efectuaba el INSALUD, pero que poseen una naturaleza jurídica distinta a aquél.” Por lo tanto, salvo en las ciudades de Ceuta y Melilla en las que la prestación de asistencia sanitaria corre a cargo de INGESA, en el resto del territorio español tal prestación está a cargo de los distintos Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, servicios de salud que carecen del carácter de entidades gestoras de la Seguridad Social, siendo organismos administrativos, que participan de la naturaleza administrativa de la administración autonómica que los creó.

#### **4. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. CÁMARAS DE COMERCIO: FACULTAD DE CREACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES**

La Resolución de 4 de octubre de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), Ar. 7285, resuelve el recurso gubernativo interpuesto por el Presidente de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Santiago y administrador único de “Camaracompostela, SL”, frente a la negativa de la Registradora mercantil de La Coruña, a inscribir la escritura de constitución de esa sociedad, entre otros motivos, por no considerar a las Cámaras de Comercio con capacidad para constituir una sociedad limitada unipersonal.

La DGRN precisa la naturaleza especial de las cámaras de comercio, ya que, si bien, participan de la naturaleza de las Administraciones públicas (en cuanto pueden ejercer potestades públicas), no son Administración pública en sentido estricto. Ello justifica su especial régimen (no se sufragan con recursos públicos y deben procurarse su propia financiación, y que todo el personal al servicio de las cámaras está sujeto a la legislación laboral) y que al mismo tiempo satisfacen no sólo intereses públicos sino también privados dentro del marco de sus competencias.

En relación con este caso la DGRN recuerda que tanto la Ley básica de Cámaras de Comercio de 22 de marzo de 1993, como la Ley gallega de 8 de julio de 2004, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, reconocen personalidad jurídica y plena capacidad de obrar a las Cámaras, considerándolas como corporaciones de derecho público, sometiendo la contratación y el régimen patrimonial al derecho privado, con respecto a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad. Además, según el artículo

## VI. Organización Administrativa

27.29 de la Comunidad Autónoma de Galicia, la competencia exclusiva en materia de Cámaras corresponde a esta Comunidad, siendo su ley específica la aplicable al supuesto planteado, y no la ley básica, por lo que se faculta a las Cámaras a promover o participar, junto a otras entidades públicas o privadas, en sociedades mercantiles, previa autorización y justificación de la necesidad o conveniencia de su creación por parte del órgano competente de la Administración autonómica para un mayor cumplimiento de sus fines. Por otro lado, no hay obstáculo alguno en que la sociedad pueda ser unipersonal (de hecho la Disposición Adicional Quinta de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, exceptúa la aplicación del régimen de responsabilidad de la Sociedad unipersonal cuando el capital íntegramente sea propiedad del Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones locales o de organismos o entidades de ellas dependientes) o que el administrador único lo sea la propia Cámara (no existe ninguna limitación legal al respecto). En todo caso será, el órgano autonómico el que debe tutelar si la función cameral de explotación de la feria de exposiciones mediante una sociedad limitada excede o no de la competencia de la Cámara, y si el acuerdo ha sido adoptado de conformidad con lo establecido en su reglamento de régimen interno, que ha debido ser aprobado previamente por el órgano tutelar de la Comunidad Autónoma (cfr. artículo 26 de la Ley gallega de 8 de julio de 2004, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación).

### 5. RELACIONES ORGANIZATIVAS

#### A) Transferencia de medios personales entre Administraciones: debe respetar el principio de igualdad

La STS de 15 de septiembre de 2005, Ar. 6858, desestima el recurso de casación interpuesto por el Gobierno Canario contra la Sentencia de fecha 8 de septiembre de 2000, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Tenerife, que anuló el Decreto 208/1997, de 7 de agosto, de traspaso de servicios, medios personales, materiales y de recursos al Cabildo Insular de Tenerife por parte de la Comunidad Autónoma. El Decreto anulado eliminó el puesto de trabajo de la demandante en primera instancia.

El Tribunal estima que el traspaso de medios personales es un acto y no una disposición general, ya que concierne a la determinación del personal que es objeto de transferencia, por lo que produce un efecto jurídico de alcance individualizado que en su aspecto principal no es susceptible de reiteración, por lo que en ese concreto punto, no realiza la función abstracta de ordenación que la jurisprudencia viene señalando como nota esencial propia de las disposiciones administrativas de carácter general. Al ser un acto limitativo de los derechos o intereses subjetivos debía ser motivado. Es cierto que desde el punto de vista de la potestad autoorganizativa de la Administración, no existe un derecho subjetivo del funcionario a ser traspasado (pudiendo ser eliminado su puesto de trabajo), sin perjuicio de que ese traspaso deba respetar las exigencias inherentes al principio constitucional de igualdad. Por lo tanto, según reiterada y reconocida jurisprudencia, el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución se vulnera cuando la desigualdad que se denuncia está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y en este supuesto en concreto, falta una justificación objetiva de la razón por la cual la recurrente fue ex-

cluida del traspaso de medios personales, frente a otros trabajadores que se hallaban en la misma situación.

**B) Convenios de colaboración entre una Comunidad Autónoma y entes locales. No pueden afectar a materias que son competencia de otra Comunidad Autónoma**

El TSJ de Castilla y León, en SSTSJ de Castilla y León de 29 de abril, 14 de octubre y 18 de noviembre de 2005, Ar. 230218, 1066 y 1078, respectivamente, acoge los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la Junta de Castilla y León y por la Administración del Estado frente a los acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de Condado de Treviño, de 8 de marzo de 2002, y del Pleno del Ayuntamiento de La Puebla de Arganzón, de 12 de marzo de 2002, por los que se aprueba suscribir tres Convenios de Colaboración entre el Gobierno Vasco y estos Ayuntamientos en materia de educación y cultura, sanidad, y promoción económica y desarrollo rural.

El Tribunal considera que, al encontrarse estos dos municipios dentro de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (ya que pertenecen a la Provincia de Burgos), las competencias a ejercer dentro de este territorio en ningún caso pueden corresponder a la Comunidad Autónoma del País Vasco, al exceder de su ámbito territorial. Todo ello, sin perjuicio de la debida cooperación y coordinación entre distintas Comunidades Autónomas y las relaciones entre poblaciones limítrofes, pero siempre dentro del respeto a la otra Comunidad Autónoma y de la sujeción a la Constitución y al resto de la legalidad aplicable al territorio en que se pretende aplicar los convenios.

De acuerdo con el artículo 26 del Estatuto de la Comunidad de Castilla y León, las relaciones de la Junta y los Ayuntamientos afectados deben estar presididas por unos deberes de lealtad y de información mutua, así como de colaboración y coordinación, por lo que los convenios que proceda celebrar en interés de los Ayuntamientos deben realizarse con la debida colaboración y coordinación con la Comunidad Autónoma a la que pertenecen, quedando la autonomía municipal constreñida a esta colaboración y coordinación, de tal forma que el Ayuntamiento en el ejercicio de su propia competencia tiene autonomía para su cumplimiento, pero con la necesaria coordinación con la Comunidad Autónoma cuando afecta a alguna de sus competencias y con la colaboración que procede exigir a esta Comunidad Autónoma cuando el Ayuntamiento lo precise. Todas y cada una de las materias que recogen los dos convenios forman parte de la competencia, bien exclusiva, bien compartida, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por lo que cualquier actuación de convenios respecto a estas materias debe venir determinada por la colaboración y coordinación con esta Comunidad, sin que proceda, sin su previo y expreso consentimiento, realizar convenios que puedan afectar a estas materias, y ello sin perjuicio de que en determinadas de estas materias la Comunidad Autónoma no puede inhibirse y ceder su competencia a otra.

Por último, debe tomarse en consideración que se pretende aplicar en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León una legislación de la Comunidad del País Vasco,

## VI. Organización Administrativa

(en concreto el Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, sobre Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco), que por el principio de competencia territorial sólo puede alcanzar su aplicación al territorio de esta última Comunidad.

Así las cosas, el Tribunal concluye que “tanto por la falta de competencia territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, como por ser materia de competencia, bien en exclusiva, bien compartida, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, como por aplicación de los principios de colaboración y coordinación que es exigible a los Ayuntamientos dentro del ámbito de su autonomía, procede anular la aprobación de los convenios”.

### 6. ADMINISTRACIÓN LOCAL

#### A) Alteración de términos municipales: no es un derecho de los vecinos

La STS de 20 de octubre de 2005, Ar. 240797, desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Calldetenes contra la STSJ de Cataluña de 27 de mayo de 2002, que desestimó el recurso de este municipio contra el Decreto del Gobierno de la Generalidad de Cataluña 206/1998, de 30 de julio, por el que se deniega la alteración parcial de los términos municipales de Vic y de Calldetenes.

El Tribunal entiende que el derecho a la libertad de residencia, garantizado por el artículo 39 de la Constitución y que supone ante todo la libertad para habitar en un determinado lugar, no acoge ni ampara —se trata de un derecho de titularidad individual— el derecho de una colectividad de vecinos a segregarse en un determinado municipio para integrarse en otro, al supeditarse esta pretensión colectiva al régimen jurídico en materia de alteración de términos municipales.

#### B) Consorcios

##### a) Posibilidad de su creación por las Comarcas en Cataluña

La STS de 20 de septiembre de 2005, Ar. 227602, desestima el recurso de casación interpuesto por el Instituto Agrícola Catalán de San Isidro contra la Sentencia de 22 de noviembre de 2002 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que amparaba la legalidad del acuerdo del Pleno del Consejo Comarcal del Bajo Llobregat, de 24 de marzo de 1998, por el que se aprobaba definitivamente la constitución del Consorcio del Parque Agrario del Bajo Llobregat, y de sus Estatutos.

La constitución de consorcios se encuentra regulada en los artículos 252 y siguientes de la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña, y en los artículos 312 y siguientes del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los Entes Locales. De acuerdo con las normas anteriores, el consorcio es una entidad pública de carácter asociativo que puede constituirse por los entes locales con otras Administraciones públicas para finalidades de

interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que tienen finalidades de interés público con los entes locales.

En el presente caso, dada su naturaleza voluntaria, no se hacía necesario que, con carácter previo, todos y cada uno de los entes públicos del ámbito territorial de la comarca mostraran su conformidad con la creación del consorcio, ya que ello sólo hubiese sido necesario si dicho consorcio prestase servicios o ejerciese competencias municipales, en cuyo caso sería necesario contar con la voluntad de los entes locales de su ámbito territorial. Ahora bien, el artículo 4 de los Estatutos del Consorcio no le atribuye competencias municipales sino que dispone la capacidad o legitimación del Consorcio en la promoción de la actividad agraria. Téngase en cuenta que, junto a la actividad prestacional de actividades y servicios de competencia municipal (artículo 26 de la Ley 6/1987, de 4 de abril, de Organización Comarcal de Cataluña), las Comarcas pueden llevar a cabo actividades públicas de fomento, como cualquier Administración Pública, en las que cabe enmarcar la actuación de promoción del medio agrario.

De acuerdo con la sentencia recurrida, el Tribunal Supremo entiende que en el caso de autos se han cumplido con suficiencia los trámites y actuaciones de la normativa reguladora de la constitución de los consorcios. Además, el recurrente no puede alegar indefensión, cuando, pese a que su participación no es exigida ni obligatoria, ha intervenido en el curso del expediente presentando alegaciones en la fase de información pública.

Por último, el Tribunal opina que no resulta afectada la propiedad privada por el mero acuerdo de creación del consorcio, sin perjuicio de que por actuaciones futuras, que podrán ser adoptadas incluso de acuerdo con los afectados, ello pueda producirse, pero será entonces y no en este momento, en el que se puedan articular los medios de defensa oportunos.

### **b) Aportaciones municipales**

La STSJ de Canarias de 19 de septiembre de 2005, Ar. 242914, rechaza el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife contra la resolución del Pleno del Consorcio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de la Isla de Tenerife de 7 de febrero de 2002, que aprobaba definitivamente el presupuesto de dicho órgano para el ejercicio 2002, así como la plantilla de funcionarios, personal laboral y personal eventual de dicho consorcio.

Este Ayuntamiento, que debía aportar al presupuesto del consorcio el 25 % de los ingresos, reclama, al amparo del artículo 151.2.b) de la Ley de Haciendas Locales, que, dentro de ese porcentaje, se compute el canon anual de 31.282.554 pesetas, fijado por Decreto de la Alcaldía de 29 de junio de 2000, por cesión del uso de un edificio durante dos años y medio. Sin embargo, para el Tribunal y en virtud del artículo 31 de los Estatutos del consorcio, lo único pactado entre las distintas Administraciones es la obligación de aportar un determinado porcentaje del presupuesto. El hecho de que un Ayuntamiento considere que su apor-

## VI. Organización Administrativa

tación en especie (cesión de inmuebles) es muy superior a dicho porcentaje, pidiendo ser resarcido por ello y partiendo de una valoración unilateral, no puede ser considerado como un título legítimo, en la medida que no alcanza tal consideración desde el punto de vista de su consignación presupuestaria como deuda exigible. Además, no ha quedado acreditado en el proceso en qué medida los bienes aportados exceden de la obligación de contribuir con el 25 % del total, lo que permitiría conocer la compensación exigible.

### C) Impugnación de acuerdos de las entidades locales

#### a) Impugnación de acuerdo de una entidad local por un Concejal de la Corporación que no votó en contra: improcedencia

La STS de 14 de noviembre de 2005, Ar. 370 de 2006, acoge el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Verín contra la Sentencia de 21 de noviembre de 2002 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que estimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un Concejal contra el Acuerdo de la corporación municipal de 9 de julio de 1998, en el que se aprobó definitivamente el proyecto técnico para la construcción de un aparcamiento subterráneo y se rechazó la revisión de dos acuerdos anteriores en virtud de los cuales se adjudicaba a una empresa la concesión para la construcción, gestión y explotación de la obra pública y se decidía la suscripción con ella del correspondiente contrato.

El Tribunal constata cómo el Concejal demandante se abstuvo a la hora de votar los acuerdos anteriores, relativos a adjudicación de la concesión y a la firma del contrato, mientras que únicamente vota en contra en la sesión plenaria relativa a la aprobación del proyecto técnico. A continuación pasa a analizar el artículo 63.1.b) de la Ley de Bases del Régimen Local, –desarrollado por los artículos 209.2 y 211.3 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales–, que permite, a los miembros de la corporación que hubieran votado en contra, la impugnación de sus actos y acuerdos. La Sala Tercera analiza la jurisprudencia aplicable recordando que no es de aplicación el mencionado precepto en relación con los concejales que, encontrándose presentes, no votan en contra, pues ello produciría una contradicción palmaria con la posterior actividad impugnatoria al no haber puesto objeción alguna al acuerdo. De este modo, las discrepancias en los órganos colegiados que integran la Administración local deben manifestarse inicialmente en sede del órgano. Por ello, el Tribunal entiende que abstenerse de mostrar una opinión contraria a un concreto acuerdo municipal en el acto de formación de voluntad y luego pretender su impugnación en vía judicial por la vía de la legitimación especial recogida en el artículo 63.1.b) de la LBRL, tras el rechazo de una petición de revisión de los actos administrativos, bajo el argumento de que el acto impugnado lesiona la legalidad, puede comportar no sólo un abuso de derecho sino metajurídicamente una desconsideración hacia los votantes mediante cuyo voto el componente del órgano colegiado pudo acceder a la condición de miembro del ente local. Ello no significa negar el derecho de los concejales a abstenerse de expresar su opinión en la adopción de un concreto acuerdo, pero la falta de participación voluntaria en la expresión de la voluntad del órgano competente, en este caso en las contrataciones municipales, no puede generar el uso de una vía reservada por la Ley a los que sí opinaron en contra.

**b) Impugnación de acuerdos de las entidades locales por la Administración del Estado.  
Legitimación para impugnar por supuesta vulneración del ordenamiento**

La STS de 25 de octubre de 2005, Ar. 251082, estima el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado, contra la STSJ del País Vasco de 23 de diciembre de 2002, que inadmitía el recurso por falta de legitimación activa del Estado para reclamar contra el acuerdo de la Diputación Foral de Guipúzcoa de 27 de diciembre de 2000, por el que se concede a Udalbide Elkarlan Elkartea una subvención nominativa por importe de 64.010.000 pesetas.

A la luz de los artículos 63 y siguientes de la Ley de Bases del Régimen Local, el Alto Tribunal considera que la legitimación de la Administración Estatal puede seguir apoyándose en tres clases de motivaciones: la invasión de competencias que le son propias, la interferencia en su ejercicio, o la extralimitación competencial por parte del ente local (artículo 66); la consideración, dentro del ámbito de las competencias que le vienen atribuidas, de que el acto o acuerdo de la entidad local infringe el ordenamiento jurídico (artículo 65); o, en fin, en las circunstancias extremas a que se refiere el artículo 67. Y aún cabría añadir que también ha de considerarse legitimado el Estado para impugnar cualquier acto o acuerdo siempre que ostente el interés que para ello requiere el artículo 19.1.a) LJCA, en el sentido de que el resultado de la acción que se ejercite habrá de suponerle un beneficio o utilidad, económico o de cualquier otro orden, siempre en conexión con la naturaleza de la misión que a la Administración del Estado le viene conferida.

En el presente caso, la existencia de la legitimación específica que otorga el artículo 65 LBRL a la Administración del Estado para corregir las infracciones del ordenamiento jurídico en que puedan incurrir los entes locales, permite considerarlo asimismo legitimado con arreglo al artículo 19.1 LJCA, re relación con el artículo 63.1 LBRL. Si la pretensión se basa en la improcedencia de que se trasladen fondos a una entidad que persigue finalidades políticas, algunas de las cuales encarnan propuestas y procedimientos que superan el marco constitucional, no se puede dudar razonablemente de que la Administración del Estado se encuentra en principio legitimada para promover una acción judicial contra la validez jurídica de ese acto, sin perjuicio de la carga procesal que suponga el demostrar la realidad de dicha alegación. La representación del Estado ha alegado que el otorgamiento de una subvención a esta entidad implica favorecer económicamente las actividades contrarias a los principios recogidos en la Constitución, dada la naturaleza de los objetivos que persigue.

A la luz de lo anterior el Tribunal Supremo reconoce la legitimación activa de la Administración del Estado y pasa a pronunciarse con plenitud de jurisdicción sobre el fondo del asunto en los términos planteados en la instancia –artículo 95.2.c) LJCA–. En este sentido la Sala entiende que no resulta posible sostener que sea ajeno a las competencias de la Diputación Foral demandada el propugnar las finalidades de las que explícitamente se hace depender el otorgamiento de la subvención discutida, ni que el hacerlo así constituya una desviación de poder originada por la dedicación de fondos públicos a un objeto ajeno a

## VI. Organización Administrativa

dichas competencias, especialmente si se tiene en cuenta que el Decreto Foral 23/1985 ha traspasado a la misma los servicios que corresponden a las Instituciones Comunes en materia de cultura. Deduce que la concesión de la subvención es ajustada a Derecho y firma que ha de procederse con cautela a la hora de negar la licitud del otorgamiento de una subvención por parte de un ente público para satisfacción de finalidades que entran en el ámbito de su competencia, cuando esa subvención ha sido otorgada a favor de una entidad cuya legal constitución y registro como asociación no aparece controvertida ni ha sido objeto de impugnación, y que se propone actividades de promoción de esas mismas finalidades.

### **D) Organización municipal. Competencias de los Alcaldes: la prevista en el artículo 21.m) LBRL es indelegable**

Por STSJ de Canarias de 30 de septiembre de 2005, Ar. 242063, se estima parcialmente el recurso frente a los actos ordenados por el Sargento de la Policía Municipal del Ayuntamiento de Ciutadella (Menorca) declarando el cierre y la prohibición de baño en varias playas del municipio. Dichos actos fueron posteriormente asumidos por la Alcaldía del citado Ayuntamiento por escrito de 7 de octubre de 2002.

La orden de cierre al uso público de dichas playas tiene su origen en un vertido incontrolado de aguas fecales y se dicta ante la imposibilidad de garantizar la salubridad de sus aguas. Descartada la existencia de una vía de hecho de la Administración y señalada la existencia de una acción pública ex artículo 28 de la Ley de Costas, el Tribunal precisa cómo la competencia del artículo 21.m) de la Ley de Bases del Régimen Local —que permite al Alcalde adoptar en caso de catástrofe o grave riesgo las medidas necesarias y adecuadas, dando cuenta inmediata al pleno— es indelegable. En consecuencia y como no puede convalidarse por acto posterior, la decisión de cierre y prohibición de acceso a las playas es nula de pleno derecho por adoptarse por órgano manifiestamente incompetente.

La indemnización simbólica de 1 euro solicitada por los recurrentes es desestimada, al no haberse acreditado unos perjuicios concretos derivados de la actuación municipal, no siendo válidas a estos efectos las alegaciones de carácter general basadas en intereses públicos.

### **E) Padrón Municipal. Procedimiento de alta en el mismo**

Por STS de 15 de septiembre de 2005, Ar. 223321, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de la Merindad de Montija contra la sentencia del TSJ de Castilla y León de 7 de marzo de 2003, que estima ajustado a Derecho el recurso contra la inactividad del Ayuntamiento en referencia a la solicitud de modificación del padrón municipal presentada por un vecino.

La Ley 4/1996, de 10 de enero, además de prever la informatización de los padrones municipales, establece en su Disposición Transitoria última que en 1996 habrá de llevarse a cabo una renovación de los padrones. Dicho mandato se reitera por el Real Decreto 2612/1996, de 20 de diciembre, el cual remite además al Reglamento de Población y

Demarcación Territorial. Los padrones municipales no han de quedar inalterables, ya que pueden producirse altas que deben referirse a las personas que residan o vayan a residir habitualmente en el municipio, de modo que quien viva en varios municipios ha de inscribirse en aquél en el que habite durante más tiempo, según previene el artículo 54 del citado Real Decreto 2612/1996. Ello implica que no se tiene derecho a la inscripción en el Padrón municipal si no se reside habitualmente en el municipio, aunque se tenga casa abierta en el mismo y se habite en ella durante las vacaciones y fines de semana. Por lo demás, los Ayuntamientos están obligados a llevar a cabo un resumen o rectificación anual del padrón, debiendo abrirse un período de exposición al público para que los interesados puedan eventualmente formular reclamaciones.

Por ello se entiende que no ha sido conforme a Derecho la actuación del Ayuntamiento al dar de alta en el padrón a determinadas personas después de 1996, y no haber hecho públicas las rectificaciones anuales. El Ayuntamiento debe, pues, proceder a las rectificaciones anuales que hará públicas, siendo ello necesario para respetar la legalidad y los derechos de terceros. Sólo una vez que se practiquen aquellas rectificaciones, y a la vista de las reclamaciones presentadas, han de tramitarse los oportunos expedientes con respeto al derecho a ser oídos de todos los interesados. Ello implica la estimación parcial del recurso respecto a las altas, puesto que el Ayuntamiento no siguió el procedimiento legalmente establecido para efectuarlas, y precisamente el fallo obliga a seguir el procedimiento oportuno que establece la legislación vigente, sin el cual dichas altas no puede entenderse que se hayan llevado a cabo conforme a la legalidad.

## 7. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

### A) Los títulos para el ejercicio de una profesión deben ser regulados por una Ley formal

La STS de 17 de junio de 2005, Ar. 5532, viene a estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto que aprueba el Estatuto General de los Procuradores de España.

El TS declara nulo de pleno derecho el tenor del artículo 8.c) del Estatuto General de los Procuradores al establecer como condición general para ser Procurador: “Estar en posesión del título de Licenciado en Derecho o de los títulos extranjeros que, con arreglo a la legislación vigente, sean homologados a aquél, así como los títulos obtenidos en los Estados miembros de la Unión Europea que faculten para ejercer en ellos la Procura y que hayan sido reconocidos en España de conformidad con las disposiciones vigentes”.

Por los recurrentes se plantea que el mencionado precepto infringe el principio de reserva de ley, por cuanto la exigencia que en él se contiene del título de licenciado en derecho para ejercer la profesión de Procurador carecería del más mínimo soporte legal, regulando, sin dicho soporte, una cuestión trascendente para el ejercicio de la profesión.

## VI. Organización Administrativa

El TS pone de relieve el tenor del artículo 36 de la Constitución Española, según el cual la función de ordenar la profesión que contempla con carácter general el artículo 3 de la Ley de Colegios Profesionales, al socaire del artículo 36 CE, solamente puede ser ejercida dentro de los límites marcados por las atribuciones otorgadas por la ley. La razón estriba en que las regulaciones que limitan la libertad de quienes desarrollan actividades profesionales y empresariales no dependen del arbitrio de las autoridades o corporaciones administrativas. Por un lado, el principio general de libertad que consagra la Constitución en sus artículos 1.1 y 10.1 autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas. Y, por otro lado, el principio de legalidad que consagran los artículos 9.3 y 103.1 CE, y que alcanza de lleno a los Colegios Profesionales en cuanto ordenan el ejercicio de las profesiones tituladas (artículo 36 CE), impide a las Administraciones Públicas dictar normas sin una habilitación legal suficiente.

El TS pone de relieve que los Estatutos Generales pueden regular los aspectos relativos a la adquisición, denegación y pérdida de la condición de colegiado, sin que en ningún momento la titulación requerida pueda ser fijada en los Estatutos Generales.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, a la sazón vigente, imponía la necesidad de ser Licenciado en Derecho para el ejercicio de la función de Abogado, por el contrario, al regular el ejercicio de la profesión de Procurador, en ningún momento hacía mención a la exigencia de ser Licenciado en Derecho o de cualquier otra titulación, limitándose dicha Ley a establecer de forma conjunta para Abogados y Procuradores la necesidad de prestar juramento o promesa de acatamiento a la Constitución y al resto de ordenamiento jurídico y a exigir a ambos profesionales la correspondiente colegiación en los Colegios respectivos.

Quedan, pues, según el TS, reservados a la ley en sentido estricto, es decir, a la ley formal emanada del Poder Legislativo, y en cuanto al ejercicio de profesiones, los siguientes extremos: la existencia misma de una profesión titulada, es decir, de una profesión cuya posibilidad de ejercicio quede jurídicamente subordinada a la posesión de títulos concretos; los requisitos y títulos necesarios para su ejercicio, y su contenido o conjunto formal de las actividades que la integran.

Por tanto, el TS concluye que los requisitos y títulos necesarios para el ejercicio de una profesión, en este caso la de Procurador, deben estar regulados por ley formal, emanada del poder legislativo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 36 CE, que contempla una reserva de Ley en sentido estricto y anula el artículo de los Estatutos Generales anteriormente citado.

### **B) No puede excluirse de las Asambleas Generales de Colegios a los Colegios que no estén al corriente de sus obligaciones con el Consejo General**

La STS de fecha 11 de octubre de 2005, Ar. 7316, declara no haber lugar el recurso de casación interpuesto por el Consejo General de Colegios de Diplomados en Enfermería.

La cuestión objeto del debate jurídico consiste, en si es o no conforme al ordenamiento jurídico el acuerdo del Pleno del Consejo General de Colegios Oficiales de Diplomados en Enfermería que convocaba a la Asamblea General únicamente a los Colegios Profesionales que se encontraban al corriente de sus obligaciones.

La Sentencia de instancia confirmada en casación por el TS considera que suspender los derechos de los Colegios que no satisfacen las cuotas debidas al Consejo General no legitima la falta de presencia de las Corporaciones recurrentes, siendo clara la voluntad de la demandada de excluirlas de dicha Asamblea, sin que la normativa vigente pueda amparar dicha suspensión de derechos, que precisa al menos una previsión estatutaria, e incluso legal. El Tribunal considera desproporcionada dicha suspensión de derechos bajo el pretexto del impago de una deuda. Añade que la representación de los Colegios corresponde a sus Presidentes o a quienes los sustituyan, por lo que de hallarse en situación de suspensión de funciones han de ser sustituidos por sus Vicepresidentes. Y, asimismo, señala que el Consejo General no puede irrogarse funciones excluyentes de la participación de los Colegios morosos, concluyendo que la actuación del Consejo General aludió a las normas reguladoras de la formación de la voluntad de los órganos colegiados, en concreto el artículo 24 en relación con el 62.1.e) de la Ley 30/1992, y el artículo 8.3 de la Ley de Colegios Profesionales.

El TS dispone que “el Consejo no puede adoptar medidas de autotutela u otras que comporten el uso de potestades exorbitantes para exigir el cumplimiento de sus obligaciones, fuera de las que el ordenamiento jurídico le atribuye”. En relación con la restricción de los derechos de participación, declara que “la suspensión de los derechos participativos de los colegios en los órganos del Consejo General o en las actividades o servicios que dichos colegios presten en ejercicio de sus funciones, deben ser considerados contrarios a Derecho, en cuanto suponen la privación de los derechos de participación en una corporación de Derecho público a los miembros llamados por la Ley a formar parte de la misma”.

### **C) Tanto los Colegios Profesionales como los Consejos Generales son Corporaciones de Derecho Público y están sometidos a tutela de la Administración territorial**

La STS de 14 de junio de 2005, Ar. 4920, viene a estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto contra el Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales y de su Consejo General.

El TS recuerda en esta Sentencia que los Colegios profesionales tienen naturaleza de Corporaciones de Derecho Público.

El carácter corporativo significa que son sus miembros, en cuanto titulares de los intereses del grupo, los que organizan el ente, siendo su voluntad la que va a integrar la voluntad propia de la Corporación, a través de un proceso representativo. Esta potestad de autoor-

## VI. Organización Administrativa

ganización, no impide que, al satisfacer estas Corporaciones junto a sus intereses particulares, otros intereses públicos, se requiera una tutela por parte de la correspondiente Administración territorial en orden a velar por el cumplimiento de estos últimos. Ahora bien, esa tutela sólo puede moverse en este estricto campo, o en el de control de legalidad, sin que pueda interferir en aquellos otros que son discrecionales de la Corporación, y que responden a la libre voluntad de los sujetos que la integran, con base en la autonomía que el ordenamiento jurídico les reconoce.

En relación con los Consejos Generales, cuya estructura es la que se cuestiona en la Sentencia comentada, deja a la entera libertad de los mismos su propia organización, al señalar que “tendrán los órganos y composición que determinen sus Estatutos”. La única limitación que tiene esta facultad de autoorganización deriva del propio precepto cuando señala que “sus miembros deberán ser electivos o tener origen representativo”; precepto que debe completarse con lo dispuesto en el artículo 36 de la Constitución.

No obstante, en el supuesto estudiado se anula un artículo del Estatuto al establecer que la elección del Presidente de la Junta Directiva que lo es del Consejo corresponde al Pleno, cuando según la Ley de Colegios Profesionales, establece que el Presidente será elegido “por todos los Presidentes, Decanos y Síndicos de España y por el Presidente del propio órgano general que se encuentre en el ejercicio del cargo o, en su defecto, por quienes estatutariamente les sustituyan.”

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 no constituyen sanción. **2. Concepto de infracción.** **3. Reserva de ley y tipicidad.** A) Las relaciones especiales de sujeción y la extensión de la colaboración reglamentaria. B) Reglamentos que se exceden del marco legal. C) Aplicación extravagante del tipo que conlleva una vulneración de la garantía de tipicidad. **4. Antijuridicidad.** A) Límites al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión de los militares como causa de justificación. **5. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.** A) Concepto de imputabilidad. B) Cabe inferir la intencionalidad cuando la conducta infractora esté tan minuciosamente regulada que no posibilite la concurrencia de error. C) La confianza en las instrucciones de un profesional exime de culpa. D) Error invencible de prohibición que excluye la culpa.
- 6. Sujetos responsables.** A) Lo es la arrendataria que gestiona el negocio y no el titular de la propiedad. B) La dificultad en la individualización de los responsables principales no permite a la Administración acudir a una responsabilidad subsidiaria. **7. Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: non bis in idem.** A) Concurso real de infracciones. B) La pena posterior por el mismo ilícito no lesiona la garantía material del non bis in idem: basta con que absorba el mal que haya comportado el cumplimiento de la sanción previa. C) El derecho a no sufrir dos procedimientos punitivos sucesivos por el mismo ilícito cuando concurren dos normas punitivas y, al menos, una de ellas sea administrativa, sólo rige cuando ambos sean, por su complejidad y por la gravedad del castigo que impongan, “materialmente” penales. **8. Competencia sancionadora.** A) La atribución de las fases de instrucción y resolución a órganos administrativos distintos no es una exigencia constitucional. **9. Procedimiento administrativo sancionador.** A) Derecho a la inalterabilidad del hecho imputado y a ser informado de la modificación que experimente la calificación jurídica del mismo a lo largo del procedimiento. B) Contenido del derecho fundamental a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario militar. C) La información reservada no constituye un verdadero expediente: es

una investigación previa que en ningún caso puede dar lugar a sanción alguna.

D) Contenido del pliego de cargos: no es necesario que indique qué actuaciones previas han justificado su formulación. E) La falta de notificación del acuerdo de incoación o la comunicación de uno que no contenga los elementos indispensables puede ser subsanada por la correcta notificación de la propuesta de resolución, siempre que ésta incorpore el contenido mínimo que le es exigible, y viceversa. F) No notificar al imputado el informe donde la policía ratifica el contenido de su denuncia no lesiona el derecho a ser informado de la acusación, siempre que dicho informe “no altere la versión inicial de la denuncia ni introduzca hechos novedosos”. **10. En especial, la prueba y la presunción de inocencia.**

A) Las únicas pruebas que sirven para enervar la presunción de inocencia son las practicadas en el expediente disciplinario. B) Una prueba ilícita no invalida la sanción si ésta se fundamenta en otra lícita e independiente. C) La inadmisión inmotivada de una prueba pertinente, útil y decisiva en términos de defensa lesiona el derecho fundamental a la prueba. D) No practicar una prueba por causa imputable al interesado no lesiona el derecho fundamental a la prueba. E) En las actuaciones previas al procedimiento sancionador no es aplicable el principio contradictorio, pues los derechos de defensa se satisfacen en el seno del procedimiento. F) Presunción de inocencia y valor probatorio de las actas de inspección, los informes policiales y otros documentos administrativos. G) Ciertos defectos en las actas de inspección no privan a éstas de todo valor probatorio. H) Carga de la prueba de las causas que extinguen la responsabilidad sancionadora: el imputado tiene la obligación de probar el día inicial del plazo de prescripción de la infracción, especialmente cuando él ha originado la situación de clandestinidad. **11. La resolución del procedimiento sancionador.** A) La omisión de la declaración de hechos probados determina la nulidad de la sanción impuesta.

**12. Caducidad del procedimiento administrativo sancionador.** A) Consecuencias de su declaración.

**13. Extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad e individualización de las sanciones.** A) Consecuencias de la concurrencia de circunstancias modificativas de la culpabilidad o antijuridicidad especialmente calificadas. B) La ausencia de circunstancias agravantes no constituye una circunstancia atenuante. **14. Extinción de la responsabilidad por prescripción.** A) Prescripción de las infracciones continuadas. **15.**

**Ejecución de las sanciones. Suspensión de las recurridas en vía jurisdiccional.** A) No

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

procede la exigencia de interés de demora por el tiempo que la sanción de multa haya estado suspendida. **16. Control jurisdiccional de la potestad sancionadora.**

- A) Vinculación del juez contencioso-administrativo respecto a los hechos declarados probados en sentencia del orden laboral.
- B) Diversidad de pronunciamientos en torno a la posibilidad de subsanación en vía contencioso-administrativa de la indefensión originada en el procedimiento administrativo sancionador.
- C) Se mantienen los hechos, aunque se modifica su calificación jurídica, el tipo aplicado y se fija la sanción.
- D) Corrección de errores materiales o aritméticos sufridos en la fijación de la sanción.
- E) Posibilidad de sustituir o modular la sanción.
- F) Conversión de una sanción nula en un acto administrativo de naturaleza no sancionadora.

### 1. CONCEPTO DE SANCIÓN

#### A) Actos que no constituyen sanción

– La facultad atribuida reglamentariamente a la Dirección General de Aviación Civil de revocar “cualquier licencia, habilitación, autorización, aprobación o certificado”, por “razones de seguridad aérea debidamente acreditada”, pues si “las licencias de piloto se conceden en atención principal, aunque no única, a preservar la seguridad aérea, resulta razonable y justificado que la Administración, cuando existan razones que ponen en peligro esa seguridad (...) pueda limitar, suspender o, si es necesario, revocar las licencias concedidas, ya que se produce un supuesto de incumplimiento de una de las condiciones esenciales que motivaron su concesión” (STS de 27 de junio de 2005, Sección Séptima, Ar. 5560).

– La suspensión temporal de la autorización concedida a una entidad bancaria para actuar como colaboradora en la gestión recaudatoria de la Hacienda Pública, motivada por no efectuar el pago de las autoliquidaciones presentadas por un contribuyente, pues “en nada se parece al ejercicio por la Administración del *ius puniendi* para castigar conductas antijurídicas culpables y punibles, constituyendo, simplemente, la resolución impugnada el resultado de una actividad ordinaria de control por parte de la Administración sobre el desarrollo de una actividad sometida previamente a su autorización” (STSJ de Madrid de 17 de enero de 2005, Ar. 945 de 2006).

– La aplicación de las penalidades contractuales previstas en las condiciones del Pliego, ante el incumplimiento de un contrato administrativo (STSJ de Canarias Las Palmas, de 1 de julio de 2005, Ar. 724 de 2006).

## 2. CONCEPTO DE INFRACCIÓN

“Las infracciones administrativas, para ser susceptibles de sanción (...), deben ser típicas, es decir, previstas como tales por norma jurídica anterior, antijurídicas, esto es, lesivas de un bien jurídico previsto por el Ordenamiento, y culpables, atribuibles a un autor a título de dolo o culpa, para asegurar en su valoración el equilibrio entre el interés público y la garantía de las personas” (SAN de 28 de abril de 2005, Sección Segunda, Ar. 1236 de 2006).

## 3. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

### A) Las relaciones especiales de sujeción y la extensión de la colaboración reglamentaria

La STS de 24 de mayo de 2005, Sección Tercera, Ar. 4317, reitera, una vez más, que en las relaciones de sujeción especial “no se suprimen las exigencias de los principios de legalidad sancionadora y de tipicidad, sino que tan sólo se atenúan las exigencias del principio de legalidad en su vertiente formal, (...) admitiéndose una más amplia colaboración del reglamento en la tipificación de conductas y sanciones”. Sobre esta base, la sentencia anula dos sanciones impuestas por dos infracciones previstas en el Real Decreto 2738/1996, por faltarles la cobertura suficiente en la Ley del Monopolio de Tabacos. En concreto, el Reglamento tipificaba como infracción muy grave “la expedición de labores de tabaco o efectos timbrados a precios distintos de los autorizados legalmente”, en tanto que la Ley se limitaba a prever que “la Delegación del Gobierno en el Monopolio procederá, previa instrucción del expediente, a revocar la concesión de los Expendedores cuando éstos incurran en infracciones muy graves, tales como las de contrabando, abandono de la actividad, cesión de la expendedoría en forma ilegal o aceptación de retribuciones no autorizadas legalmente”.

### B) Reglamentos que se exceden del marco legal

La STSJ del País Vasco de 18 de mayo de 2005, Ar. 526 de 2006, anula dos preceptos del Decreto vasco 240/2003, de Cajas de Ahorro, por lesión del principio de legalidad sancionadora. En el primer precepto anulado, el Reglamento preveía la sanción de revocación de autorización en supuestos más amplios que los previstos en la Ley de Cajas de Ahorro del País Vasco (en concreto, permitía revocar la autorización por “carecer de fondos propios suficientes o no ofrecer garantía de poder cumplir sus obligaciones en relación con sus acreedores (...)), mientras que la Ley exigía “mantener durante un período de seis meses unos recursos propios inferiores a los exigidos para obtener la autorización para funcionar como caja de ahorros” y “mantener el coeficiente de recursos propios durante, al menos, seis meses, por debajo del 80% del mínimo obligatorio”). En el segundo, el Reglamento transformaba en dos sanciones cumulativas lo que la Ley configuraba como alternativas.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### C) Aplicación extravagante del tipo que conlleva una vulneración de la garantía de tipicidad

El asesor económico financiero de un Ayuntamiento había sido sancionado disciplinariamente por la comisión de una infracción grave de falta de consideración hacia su superior (el nuevo Interventor), por haber dirigido un escrito al Alcalde en el que mostraba ciertas discrepancias de orden técnico-jurídico en cuanto a la forma de realizar los registros del IVA, además de la manifestación de un sentimiento de relegación en una de las funciones que el recurrente tenía encomendadas. La **STC 9/2006, de 16 de enero**, reitera “que resultan contrarias a las exigencias derivadas del principio de legalidad (...) aquellas aplicaciones de las normas sancionadoras que conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios, sea por su soporte metodológico, al derivar de una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante, o axiológico, al partir de una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional”. En el supuesto enjuiciado, el escrito del recurrente en amparo pone de manifiesto una discrepancia sobre una cuestión relativa al servicio que, en su caso, debería ser resuelta mediante órdenes de actuación de obligado cumplimiento en virtud del principio de jerarquía administrativa. “Pero sólo conforme a un criterio valorativo extravagante y ajeno a los que informan nuestro ordenamiento constitucional —en concreto, el ámbito del libre intercambio y manifestación de opiniones también en el marco profesional de la Administración local— puede calificarse dicho escrito como una falta de consideración hacia alguien”. En conclusión, “era totalmente imprevisible, desde una perspectiva razonable, que el comportamiento del sancionado (...) pudiera derivar hacia una conducta tipificable como falta muy grave del tipo del que fue calificada su conducta”.

### 4. ANTIJURIDICIDAD

#### A) Límites al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión de los militares como causa de justificación

Un guardia civil expedientado por falta leve presentó un escrito de alegaciones en el que incluyó la frase “y ahora no me dejan todos los que como Vd. tienen menos humanidad que las fieras salvajes”. La **STS de 11 de febrero de 2005**, Sala de lo Militar, Ar. 4167, reconoce, una vez más, la posibilidad de considerar como causa de justificación que elimina la antijuridicidad de la conducta típica el ejercicio de la libertad de expresión, que puede estar, incluso, reforzada “por su inmediata conexión a la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a defenderse”. Sin embargo, “este reforzamiento o potenciación del derecho fundamental a la libertad de expresión que es predicable del abogado en el ejercicio de la defensa de su cliente y también de quien se defiende a sí mismo, ha de valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen. Y la finalidad del escrito de alegaciones, que era defenderse frente a la imputación de una falta leve, hacía totalmente innecesaria la frase antes transcrita”.

Por su parte, y en relación con una sanción impuesta a otro guardia civil por las declaraciones emitidas en distintos medios de comunicación que se califican como contrarias a

la disciplina (se quejaba, entre otras cosas, de las supuestas instrucciones que habían recibido por parte de sus mandos para identificar a un número de ciudadanos diariamente), la STS de 9 de mayo de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 4274, recuerda que “el derecho a la libertad de expresión (...) no es (...) absoluto e ilimitado y el legislador puede imponer límites a su ejercicio en ciertos casos, como ocurre con el colectivo militar, (...) para garantizar la necesaria disciplina, sujeción jerárquica y unidad interna” y estima que “las manifestaciones del encartado afectan a ese valor esencial de la disciplina, porque cuestionan públicamente ese acatamiento y esa estricta observancia de los deberes que deben presidir el comportamiento del militar”.

## 5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

### A) Concepto de imputabilidad

La STS de 23 de febrero de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 4171, traslada al ámbito del Derecho administrativo sancionador la jurisprudencia penal sobre el concepto de imputabilidad:

“A través de la regulación de la circunstancia eximente de alteración mental prevista en el artículo 20.1 CP, se ha incorporado indirectamente una base positiva para definir lo que es la imputabilidad en nuestro Derecho, puesto que lo determinante para aceptar la alteración mental no es ya la base patológica, sino la trascendencia de la alteración hacia la capacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esta comprensión (...). La fórmula de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, se compone de dos elementos: uno biológico y otro normativo, de tal manera que no sólo se requiere una determinada enfermedad mental sino que ésta impida al autor comprender la antijuridicidad y comportarse de acuerdo con esta comprensión.”

### B) Cabe inferir la intencionalidad cuando la conducta infractora esté tan minuciosamente regulada que no posibilite la concurrencia de error

Lo acepta la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de julio de 2005, Ar. 516 de 2006, al admitir que la Administración puede deducir el dolo “del hecho de que los productos comercializados (leche o productos lácteos) gozan de una reglamentación muy minuciosa, que deja poco margen o más bien ninguno al error de apreciación, de suerte que la infracción de esta normativa tiene que ser deliberada”.

### C) La confianza en las instrucciones de un profesional exime de culpa

Los análisis realizados por los funcionarios de la Comunidad de Madrid sobre muestras de diversas reses dieron como resultado la existencia de dexametasona en una de ellas. Como consecuencia, se impuso al ganadero propietario una sanción de multa. La resolu-

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

ción sancionadora razona que “de conformidad con el artículo 7.3.b) del Real Decreto 1749/1998, de 31 de julio, por el que se establecen las medidas de control aplicables a determinadas sustancias y sus residuos en los animales vivos y sus productos, los responsables o propietarios de explotaciones ganaderas, sólo comercializarán animales para los que, en el caso de administración de productos o sustancias autorizados, se haya respetado el plazo de espera prescrito para dichos productos”. Sin embargo, la **STSJ de Madrid de 6 de mayo de 2005**, Ar. 596 de 2006, considera probado que el ganadero respetó el plazo de espera de cinco días que le indicaron el Veterinario y la empresa autorizada a la comercialización del producto. En consecuencia, la sentencia estima que el ganadero actuó con la prudencia debida, pues “no se puede hacer recaer sobre el ganadero una responsabilidad sancionadora cuando ha seguido al límite las instrucciones recibidas de los profesionales autorizados para la prescripción y dispensación del medicamento animal”.

### D) Error invencible de prohibición que excluye la culpa

Ante el interés de Air Consul, SL, por obtener el certificado de aeronavegabilidad español para su nave EC-HSZ, la Delegación de Seguridad de Vuelo le comunicó un programa de inspección en el que se detallaban los requisitos que debía seguir, sin especificar que tuviera que solicitar un certificado de aeronavegabilidad especial para el vuelo de prueba. Air Consul, SL, realizó el vuelo de pruebas exigido sin un certificado de aeronavegabilidad especial para el mismo, motivo por el que fue sancionada. Estima, no obstante, la **STSJ de Madrid de 7 de febrero de 2005**, Ar. 777 de 2006, que “no hay el necesario elemento de culpabilidad”, dado que “la sociedad actora estaba en la creencia de que previamente para obtener el certificado de aeronavegabilidad español tenía que realizar un vuelo de pruebas, que lógicamente se haría sin el referido certificado, pues su fin era obtenerlo. Esta creencia, que no es sino un claro error de prohibición (...) resulta apoyado con las declaraciones testificales que obran en autos sobre que casi nunca se emite certificado de aeronavegabilidad especial para un vuelo de pruebas de este tipo de aviones”.

## 6. SUJETOS RESPONSABLES

### A) Lo es la arrendataria que gestiona el negocio y no el titular de la propiedad

La Administración incoa procedimiento sancionador por la comisión de dos infracciones en materia de estaciones de servicio (defectos en la instalación eléctrica y carecer de un concreto “Libro de Registro”) contra Nicea, SL, que alegó ser mera arrendataria de Repsol, propietaria de la estación de servicio. En virtud de tales alegaciones, la Administración prosiguió las actuaciones sancionadoras contra Repsol, que resultó finalmente sancionada. No está de acuerdo la **STSJ de Madrid de 27 de abril de 2005**, Ar. 594 de 2006, que, aplicando el principio de personalidad de la sanción, afirma que “de la simple titularidad dominical por parte de Repsol de la estación de servicio no puede desprenderse su participación en los hechos imputados”, dado que “estos actos exigen una relación directa e inmediata del autor con la industria, pues sólo en tal posición es posible mantener una instalación eléctrica defectuosa, sustraerla de las inspecciones y no llevar un libro preceptivo”. En consecuencia, “tales acciones, por su naturaleza, únicamente pueden ser

imputables a quien dirija y explote la estación de servicio, que es quien tiene el dominio del hecho (por emplear una expresión propia del Derecho penal)”.

**B) La dificultad en la individualización de los responsables principales no permite a la Administración acudir a una responsabilidad subsidiaria**

La entidad Copesa fue contratada por tres copropietarios para la ejecución de unas obras que dieron como resultado una infracción en materia de costas. La Administración, tras comprobar la imposibilidad de dirigirse contra uno de los tres titulares de la obra, procedió a sancionar a Copesa. Sin embargo, la **STSJ de Cantabria de 12 de septiembre de 2005**, Ar. 708, a partir de una interpretación del Reglamento de la Ley de Costas, que establece que “las obligaciones de restitución, reposición e indemnización serán exigibles en primer término al promotor de la actividad y subsidiariamente a los demás responsables”, resuelve que “al imponer la Administración la sanción, absteniéndose de comprobar la existencia de un titular de la obra, titular que, al margen de su responsabilidad en la sanción pecuniaria, resultaría ser el obligado principal a la restitución de las cosas a su estado anterior, procede declarar la nulidad de la sanción impuesta, si bien puede la Administración retrotraer el expediente al objeto de proceder, tras las averiguaciones pertinentes, a efectuar una correcta individualización de las responsabilidades”.

**7. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: NON BIS IN IDEM**

**A) Concurso real de infracciones**

Se imponen dos multas: una por arrancar de un monte encinas adultas y otra por su posterior roturación sin autorización administrativa. La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 20 de mayo de 2005**, Ar. 798 de 2006, no discute este planteamiento, lo que, en el fondo, supone admitir la existencia de dos hechos distintos, aunque conectados materialmente, que constituyen dos infracciones independientes.

**B) La pena posterior por el mismo ilícito no lesiona la garantía material del non bis in idem: basta con que absorba el mal que haya comportado el cumplimiento de la sanción previa**

Un subteniente de buzo es castigado dos veces por el mismo ilícito. Primero se le impone una sanción disciplinaria de ocho días de arresto por una infracción leve consistente en desobedecer las órdenes de su superior en un curso de buceo. Después se le impone una pena judicial de nueve meses de prisión por un delito de desobediencia, acordándose que, para su cumplimiento, le fuera de abono cualquier tiempo pasado en privación de libertad por los mismos hechos. Alega el recurrente en amparo que se ha vulnerado la garantía *non bis in idem*. Sin embargo, para la **STC 334/2005, de 20 de diciembre**, recurso de amparo, que resuelve de acuerdo con lo dispuesto en la **STC 2/2003**, de 16 de enero, que se aparta expresamente de la doctrina establecida en las **SSTC 177/1999**, de 11 de

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

octubre, y 152/2001, de 2 de julio, no cabe apreciar dicha vulneración desde la perspectiva material, es decir, no se ha lesionado el derecho fundamental del recurrente a no ser castigado dos veces por el mismo ilícito, “al no haberse producido un exceso punitivo ya que la inicial sanción administrativa quedó absorbida por la sanción penal”.

### **C) El derecho a no sufrir dos procedimientos punitivos sucesivos por el mismo ilícito cuando concurren dos normas punitivas y, al menos, una de ellas sea administrativa, sólo rige cuando ambos sean, por su complejidad y por la gravedad del castigo que impongan, “materialmente” penales**

– Lo reitera la STC 334/2005, de 20 de diciembre, recurso de amparo. La sentencia explica que la simplicidad del primer procedimiento punitivo que padeció el recurrente (un procedimiento disciplinario militar por falta leve) y la levedad de la sanción impuesta en el mismo (ocho días de arresto) impiden equipararlo con el proceso penal posterior incoado por delito de desobediencia y que finalizó con imposición de una pena de nueve meses de prisión.

– Por su parte, la STS de 31 de enero de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 4152, aun admitiéndola, insiste en el carácter excepcional de la posibilidad prevista en el régimen disciplinario de la Guardia Civil, que faculta a la autoridad disciplinaria superior a incoar un nuevo procedimiento para castigar un hecho ya sancionado si aprecia que puede constituir una infracción más grave.

## 8. COMPETENCIA SANCIONADORA

### **A) La atribución de las fases de instrucción y resolución a órganos administrativos distintos no es una exigencia constitucional**

Lo reiteran la STC 174/2005, de 4 de julio, recurso de amparo, y la STS de 23 de febrero de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 4171.

– La STC 174/2005 afirma que no existe un derecho fundamental a la separación de las funciones instructora y resolutoria ni a su encomienda a órganos administrativos diferentes en el procedimiento sancionador. En el supuesto de autos, una empresa sancionada con multa por construir una vivienda sin licencia alega en amparo que se ha lesionado la exigencia de imparcialidad porque el expediente fue instruido por el alcalde y la resolución sancionadora dictada por el órgano que éste preside, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento. Aduce, por tanto, que se ha vulnerado la exigencia de separación entre las fases de instrucción y de resolución de los expedientes sancionadores que deben encomendarse, cada una, a un órgano administrativo diferente. No está de acuerdo el TC, puesto que la garantía de imparcialidad “no se extiende sin más al procedimiento administrativo sancionador”. En atención a ello, “el principio (...) establecido en el artículo 134.2 de la Ley 30/1992 (...) es un principio de carácter legal, (...), sin que la exigencia de imparcialidad del órgano administrativo sancionador sea (...) una garantía derivada, con el carácter de derecho fundamental, del artículo 24.2 CE, (...). De ese modo, la eventual infracción en un procedimiento administrativo sancionador del principio de que se

encomiende a órganos distintos la fase instructora y la sancionadora carece de relevancia constitucional”. Además, la sentencia reproduce los argumentos de la de instancia donde se razonaba que en el caso de autos tampoco había una conculcación, en el plano de la legalidad ordinaria, de lo previsto en el artículo 134.2 LAP.

– La STS de 23 de febrero de 2005 explica que puede resolver el recurso de reposición el mismo órgano que impuso la sanción, pues la aplicación mimética de la doctrina sobre la garantía de imparcialidad en los procesos judiciales al ámbito disciplinario, “conllevaría automáticamente que en ningún caso, en contra de las prevenciones legales, podría conocer del recurso de reposición el órgano que dictó el acto administrativo objeto del recurso, pues previamente habría entrado en contacto con el tema a resolver”. Sin embargo, concluye, “ello no es así porque la imparcialidad en la forma expresada sólo es predicable de los Tribunales de Justicia y no de los órganos de la Administración”.

## 9. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### A) Derecho a la inalterabilidad del hecho imputado y a ser informado de la modificación que experimente la calificación jurídica del mismo a lo largo del procedimiento

De la STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de mayo de 2005, Ar. 735 de 2006, se induce que la modificación sustancial en la resolución del hecho imputado en el acuerdo de incoación (la propuesta de resolución no se notifica al imputado) vulnera el derecho a ser informado de la acusación del sancionado. Y, asimismo, se infiere que la modificación en la resolución del tipo infractor fijado en el acuerdo de incoación sin informar de ello al imputado, y a pesar de que la infracción sancionada es de carácter leve cuando la imputada era grave, vulnera el derecho a ser informado de la acusación. En el supuesto enjuiciado, la guardia civil de tráfico extendió boletín de denuncia por “transportar (...) vino embotellado (...) careciendo de autorización de transportes”. El acuerdo de iniciación mantuvo la imputación del mismo hecho y lo calificó como infracción grave tipificada en el artículo 141.b) de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres (en adelante, LOTT). La resolución sancionadora, por su parte, impuso sanción por la infracción leve tipificada en el artículo 142.m) de la LOTT, por “no exigir las empresas arrendadoras la correspondiente autorización de transporte al arrendatario, cuando fuese exigible”. Al respecto, la sentencia señala que “es obvio (...) que a lo largo de la tramitación del expediente administrativo (...) (se ha) vulnerado su derecho a ser informada de la acusación (...), lo que determina la invalidez de los actos administrativos impugnados”.

### B) Contenido del derecho fundamental a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario militar

La STS de 23 de febrero de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 4171, afirma que “el derecho a la asistencia de Letrado (...) sólo tiene lugar desde el momento en que se imputa un hecho a una persona, es decir, desde el pliego de cargos (...). El derecho de asistencia de letrado se concibe como el derecho del expedientado a ser asesorado (jurídicamente) desde el

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

inicio del Expediente, pero no así a proponer y participar (directamente el letrado) en las pruebas acordadas antes de la formulación del pliego de cargos”. En los procedimientos disciplinarios militares, “el asesoramiento letrado se concreta en la asistencia a las comparecencias del encartado, a los escritos de alegaciones y propuestas de prueba así como formulación de recursos cuando sean pertinentes”.

### **C) La información reservada no constituye un verdadero expediente: es una investigación previa que en ningún caso puede dar lugar a sanción alguna**

Lo afirma la STS de 23 de febrero de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 4171.

### **D) Contenido del pliego de cargos: no es necesario que indique qué actuaciones previas han justificado su formulación**

La STS de 23 de febrero de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 4171, reitera que “el pliego de cargos ha de contener los elementos esenciales del hecho sancionable y su calificación jurídica para permitir el ejercicio del derecho de defensa”. En consecuencia, “en el pliego de cargos no se ha de hacer mención a las pruebas tenidas en cuenta (...), que han servido de base para su formulación”.

### **E) La falta de notificación del acuerdo de incoación o la comunicación de uno que no contenga los elementos indispensables puede ser subsanada por la correcta notificación de la propuesta de resolución, siempre que ésta incorpore el contenido mínimo que le es exigible, y viceversa**

La Administración notifica a Nicea, SL el acuerdo de incoación de un procedimiento sancionador por la posible comisión de dos infracciones en materia de industria en una estación de servicio. Nicea, SL alega que no es titular de la estación sino una arrendataria de Repsol, auténtico propietario. En virtud de tales alegaciones, la Administración prosigue las actuaciones sancionadoras contra Repsol, pero no le notifica el acto de incoación. Al respecto, la STSJ de Madrid de 27 de abril de 2005, Ar. 594 de 2006, asevera que “no obstante, a Repsol le fue comunicada la resolución de la instructora del expediente (...) mediante la cual consideraba que era aquélla la presunta responsable y, por tanto, la (sic) confería el plazo para solicitar la práctica de la prueba”, así como el resto de actuaciones. Por tanto, “la omisión de la notificación del acuerdo de iniciación puede considerarse subsanada por la del pliego de cargos, el cual disponía de un contenido similar a aquél en lo relativo a hechos imputados, preceptos jurídicos de aplicación y sanciones a imponer”. Por su parte, según la SAN de 18 de marzo de 2005, Ar. 654 de 2006, la falta de concreción en el pliego de cargos de los hechos imputados no lesiona el derecho a ser informado de la acusación si se incluyeron en la propuesta de resolución debidamente notificada. En el mismo sentido, la STSJ de Castilla y León de 20 de mayo de 2005, Ar. 798 de 2006.

Por último, para la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de julio de 2005, Ar. 749 de 2006, la falta de notificación de la propuesta de resolución “carece (...) en este caso de trascendencia invalidante”, “toda vez que el hecho imputado, el precepto infringido y la sanción impuesta (...), le fue indicada (a la sancionada) cuando se le dio traslado

de la denuncia (que inició por sí misma el procedimiento sancionador al imputarse una infracción administrativa en materia de tráfico) para formular alegaciones (trámite que dejó transcurrir sin presentar escrito alguno), sin que estas circunstancias hayan sufrido modificación en la resolución sancionadora”.

**F) No notificar al imputado el informe donde la policía ratifica el contenido de su denuncia no lesiona el derecho a ser informado de la acusación, siempre que dicho informe “no altere la versión inicial de la denuncia ni introduzca hechos novedosos”**

Así lo afirma la STC 35/2006, de 13 de febrero, recurso de amparo, que concluye que su falta de traslado al imputado constituye una mera irregularidad procedimental carente de relevancia constitucional.

## 10. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

**A) Las únicas pruebas que sirven para enervar la presunción de inocencia son las practicadas en el expediente disciplinario**

Lo afirma la STS de 23 de febrero de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 4171. Por tanto, las actuaciones realizadas en una investigación previa, por ejemplo, la toma de declaración en la información reservada, no constituyen una prueba válida para sancionar. “No caben calificarse como pruebas las realizadas antes del pliego de cargos, a falta de contradecirlas y aún de reiterarlas (...). Todas las diligencias practicadas en dicha información (información reservada) han de ser reproducidas en el Expediente que se siga posteriormente”. El parte disciplinario militar “constituye un medio de iniciación de los Expedientes Disciplinarios y, por tanto, necesitado de ulterior comprobación”.

**B) Una prueba ilícita no invalida la sanción si ésta se fundamenta en otra lícita e independiente**

Un guardia civil sancionado con la separación del servicio alega que “se le tomó declaración en la información reservada (...) sin respetar sus derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, a la asistencia de letrado y a ser informado de la acusación”. Por este motivo, aduce la nulidad de todo el expediente disciplinario “al basarse (el mismo) en una (...) información reservada practicada sin respetar los derechos de defensa”. En definitiva, sin decirlo expresamente, alega la doctrina jurisprudencial de “los frutos del árbol envenenado”. Frente a tal argumento, la STS de 23 de febrero de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 4171, recuerda que “es doctrina constitucional (...) que las pruebas derivadas de otras declaradas ilícitas sólo serán inválidas en la medida en que estén jurídicamente ligadas de manera inescindible a las directas: esto es, si entre unas y otras hay lo que se denomina ‘conexión de antijuridicidad’”. Dicho lo cual, la sentencia aclara que “las pruebas valoradas para sancionar al recurrente (varias declaraciones de testigos presenciales de los hechos imputados) han sido practicadas en el Expediente Disciplinario y no en la información reservada” y que “en el supuesto de que se hayan lesionado dere-

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

chos fundamentales (en la toma de declaración realizada en la información reservada) no se aprecia entre dicha vulneración y las pruebas practicadas en el Expediente Disciplinario ‘conexión de antijuridicidad’”. En consecuencia, “la declaración del encartado emitida en la información reservada (...) conllevaría únicamente la nulidad de tal declaración, que no podría ser considerada prueba de cargo”.

### **C) La inadmisión inmotivada de una prueba pertinente, útil y decisiva en términos de defensa lesiona el derecho fundamental a la prueba**

Un comandante, sancionado con cuatro días de arresto por falta leve de desconsideración a un inferior, propuso prueba pericial tendente a acreditar la limitación de la capacidad auditiva del testigo de cargo, pero le fue denegada sin motivación expresa. Según la **STS de 4 de abril de 2005**, Sala Militar, Ar. 3380, “en el caso que analizamos, la prueba (...) tendía a demostrar (...) su negativa (la del expedientado) a admitir haber pronunciado las palabras que se le atribuían (‘te vas a reír de tu padre’ y luego ‘o de tu madre’), dirigidas al Teniente y configuradoras de la desconsideración”. Tales palabras fueron oídas, “además de por el Teniente a quien iban dirigidas, por el Sargento (...) que se encontraba próximo al lugar donde ocurrieron los hechos (...). Teniendo en cuenta que el propio Sargento (...) reconoce sus limitaciones auditivas”, la propuesta de prueba aparece como pertinente (...) y también necesaria, es decir, con utilidad para los intereses defensivos de quien la propone, de tal manera que (...) su inadmisión incide en el derecho de defensa del proponente (...), por lo que, (...) se ha generado la indefensión material exigible para estimar conculcado el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes”.

### **D) No practicar una prueba por causa imputable al interesado no lesiona el derecho fundamental a la prueba**

Lo indica la **STC 174/2005**, de 4 de agosto, recurso de amparo, que evidencia la conducta pasiva y desacertada del presunto infractor respecto a la realización de la prueba pericial admitida.

### **E) En las actuaciones previas al procedimiento sancionador no es aplicable el principio contradictorio, pues los derechos de defensa se satisfacen en el seno del procedimiento**

Una empresa es sancionada por realizar una infracción en materia de aguas. La prueba de cargo aportada por la Administración son los resultados analíticos de distintos muestreos efectuados por la guardería fluvial, que acreditaban una calidad inadecuada de los vertidos realizados al dominio público hidráulico. La sancionada alega la invalidez de las muestras “por no haber participado, ni haber podido contrastar la metodología utilizada en la toma de las mismas”. La **STSJ del País Vasco de 27 de mayo de 2005**, Ar. 721 de 2006, rechaza tales argumentos puesto que “la actora conoció los resultados desde que se le notificó la incoación del expediente, teniendo la oportunidad tanto en vía administrativa como en sede jurisdiccional de proponer prueba en contrario”, lo que no hizo.

### **F) Presunción de inocencia y valor probatorio de las actas de inspección, los informes policiales y otros documentos administrativos**

– La **STC 242/2005, de 10 de octubre**, recurso de amparo, al hilo de las exigencias que impone la presunción de inocencia en el procedimiento administrativo sancionador, recuerda que “se ha destacado que tienen plena validez como prueba de cargo los partes de inspección o los informes obrantes en autos, con independencia de que carezcan de presunción de veracidad (por todas, **STC 2/2003, de 16 de enero**)”. En el caso enjuiciado, se trata de los informes elaborados por la policía local en los que se da cuenta del incumplimiento por una farmacéutica de la prestación del servicio de urgencia de su oficina de farmacia. En la misma línea, la **STC 35/2006, de 13 de febrero**, recurso de amparo, a propósito de los boletines de denuncia y atestados policiales, donde se afirma que las actas de inspección no gozan de presunción de verdad *iuris et de iure*, pero “ningún obstáculo hay para considerar a los boletines de denuncia y atestados como medios probatorios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 80 y 137.3 LPC”.

– Respecto a la jurisprudencia menor, insisten en otorgarles presunción de verdad las **SSTSJ de Cataluña de 2 de junio de 2005**, Ars. 519 y 520 de 2006. Esta última llega a afirmar que “los datos que obran en el expediente administrativo (...) hacen desaparecer la presunción de inocencia (...) ya que frente a la citada presunción de veracidad *iuris tantum*, que admite prueba en contrario, no se ha desvirtuado la realidad constatada en el acta de inspección”. Lo mismo sostiene la **STSJ de Madrid de 7 de septiembre de 2005**, Ar. 674 de 2006, respecto de las actas de inspección de trabajo. Los dos primeros pronunciamientos justifican esa fuerza probatoria privilegiada en “la presunción de legalidad y veracidad que acompaña a todo obrar de los órganos administrativos, incluso a sus agentes” y en la “la garantía de una acción administrativa eficaz”. El tercero, “en la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al funcionario público actuante”. Respecto de la eficacia de la presunción de veracidad del acta, señala la tercera sentencia que “despliega la carga de la prueba al administrado, de modo que es éste quien debe acreditar con las pruebas precisas que no se ajustan a la realidad los hechos descritos por la inspección”. Y, por su parte, explica la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de junio de 2005**, Ar. 783 de 2006, que habiendo constatado el agente forestal el incumplimiento de la normativa de prevención de incendios, incumplimiento por el cual se sanciona, “correspondía a la recurrente desvirtuar los hechos constatados por el agente forestal, lo que no se hizo”.

### **G) Ciertos defectos en las actas de inspección no privan a éstas de todo valor probatorio**

La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 29 de junio de 2005**, Ar. 743 de 2006, aun reconociendo que las actas levantadas por el Jefe del Servicio de Minas eran imprecisas e incluso difícilmente legibles, asevera que “no por ello dejan de ser pruebas documentales que denotan un cierto grado de incumplimiento”, lo que puesto en correspondencia con el reconocimiento en las alegaciones de la sancionada de “cierto incumplimiento de las prescripciones establecidas en la resolución aprobatoria de la explotación”, determinan la confirmación de la sanción impuesta.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### H) Carga de la prueba de las causas que extinguen la responsabilidad sancionadora: el imputado tiene la obligación de probar el día inicial del plazo de prescripción de la infracción, especialmente cuando él ha originado la situación de clandestinidad

La STSJ de Castilla y León de 20 de mayo de 2005, Ar. 798 de 2006, recaída en un supuesto de infracciones en materia forestal, reitera que la prueba de la prescripción de la infracción “debe acreditarla el propio infractor, cuando por las circunstancias sea difícil conocer la fecha de la comisión de la infracción”. Cita, en este sentido, la STS de 18 de diciembre de 1991 que estimó respecto a una infracción en materia urbanística que “la carga de la prueba de la prescripción no la soporta la Administración sino el administrado que voluntariamente se ha colocado en una situación de clandestinidad en la realización de una parcelación sin licencia y que por tanto ha creado la dificultad para el conocimiento del *dies a quo* (...), por ello el principio de buena fe (...) impide (...) que el que crea una situación de ilegalidad pueda obtener ventaja de las dificultades probatorias originadas por esa ilegalidad”.

### 11. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

#### A) La omisión de la declaración de hechos probados determina la nulidad de la sanción impuesta

En ese sentido se pronuncia la STS de 18 de abril de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 4189.

### 12. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

#### A) Consecuencias de su declaración

La STS de 24 de febrero de 2004, Sección Quinta, Ar. 5662 de 2005, tras reiterar que la declaración de caducidad no impide la apertura de un nuevo procedimiento sancionador, en tanto la hipotética infracción que originó la incoación del procedimiento caducado no haya prescrito, advierte que, sin embargo, conmina a la Administración a ordenar el archivo de las actuaciones. A juicio de esta sentencia, y en sentido distinto a lo afirmado por otras, esto comporta, entre otras cosas, que en el nuevo procedimiento no sean eficaces las pruebas practicadas en el caducado. Las actuaciones probatorias realizadas en este último deben repetirse en el nuevo con respeto, otra vez, de todas las garantías originarias. En concreto, afirma la sentencia que la declaración de caducidad conlleva:

“a) Que el acuerdo de iniciar el nuevo expediente sancionador (si llega a producirse) puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia, determinaron la iniciación del expediente caducado. (...)

b) Que en ese nuevo expediente pueden surtir efectos, si se decide su incorporación a él con observancia de las normas que regulan su tramitación, actos independientes del expediente caducado, no surgidos dentro de él, aunque a él se hubieran también incorporado. (...)

- c) Que no cabe, en cambio, que en el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero, esto es, las surgidas y documentadas en éste a raíz de su incoación para constatar la realidad de lo acontecido, la persona o personas responsables de ello, el cargo o cargos imputables, o el contenido, alcance o efectos de la responsabilidad, pues entonces no se daría cumplimiento al mandato legal de archivo de las actuaciones del procedimiento caducado.
- d) Que cabe, ciertamente, que en el nuevo procedimiento se practiquen otra vez las mismas actuaciones que se practicaron en el primero para la constatación de todos esos datos, circunstancias y efectos. Pero habrán de practicarse con sujeción, ahora y de nuevo, a los trámites y garantías propios del procedimiento sancionador y habrán de valorarse por su resultado o contenido actual y no por el que entonces hubiera podido obtenerse.
- e) Que por excepción, pueden surtir efecto en el nuevo procedimiento todas las actuaciones del caducado cuya incorporación solicite la persona contra la que se dirige aquél, pues la caducidad ‘sanciona’ el retraso de la Administración no imputable al administrado y no puede, por ello, desenvolver sus efectos en perjuicio de éste.”

### **13. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES**

#### **A) Consecuencias de la concurrencia de circunstancias modificativas de la culpabilidad o antijuridicidad especialmente cualificadas**

La subsanación de los hechos constitutivos de la infracción y el carácter altruista del infractor (el Banco de Sangre y Tejidos de las Islas Baleares y la Hermandad de Donantes de Sangre) son circunstancias que suponen una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho, permitiendo al órgano sancionador –sobre la base de lo expresamente previsto por la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal– aplicar la escala sancionadora relativa a la clase de infracciones que precede inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada (SAN de 15 de octubre de 2004, Sección Primera, Ar. 687 de 2006).

#### **B) La ausencia de circunstancias agravantes no constituye una circunstancia atenuante**

La STSJ de Madrid de 15 de junio de 2004, Ar. 737 de 2006, recuerda que “no cabe pretender con éxito que la ausencia de algunos de los criterios cuya concurrencia puede servir para agravar la sanción, sirva para deducir que concurre una circunstancia de atenuación de la responsabilidad”.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### 14. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

#### A) Prescripción de las infracciones continuadas

La STSJ de Castilla y León de 20 de mayo de 2005, Ar. 798 de 2006, considera la roturación de montes como una infracción continuada, por lo que “el plazo de prescripción no comenzará a correr hasta que cese la actividad antijurídica”.

### 15. 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

La Ley de Derechos y Garantías del contribuyente estableció que “la ejecución de las sanciones tributarias quedará automáticamente suspendida, sin necesidad de aportar garantía, por la presentación en tiempo y forma del recurso o reclamación administrativa que contra ella proceda y sin que puedan ejecutarse hasta que sean firmes en vía administrativa”. Sobre este artículo, y frente a la pretensión de la Administración de liquidar intereses de demora a una sanción por todo el tiempo que estuvo suspendida, la STSJ de Aragón de 17 de enero de 2005, Ar. 1142 de 2006, deduce que “es obvio que el importe de la sanción no podía ser ejecutado por la Administración durante el comentado plazo de inexigibilidad y que, en consecuencia, no es dable permitir ahora que la Administración pretenda exigir el interés de demora suspensivo respecto a una cantidad, aquella a la que asciende la sanción, que no era susceptible de ser reclamada o ejecutada hasta alcanzar firmeza en la vía administrativa y que, por tal motivo, no constituye una verdadera compensación o indemnización de algo de lo que a la Administración no le era posible disponer”.

Se separa así esta sentencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la que dimos cuenta en el número anterior (VII.13) y de lo previsto expresamente por el artículo 37.3 del derogado Real Decreto 1930/1998 —que la sentencia cita, aunque a otros efectos—, donde se preveía expresamente que las sanciones suspendidas devengarían los correspondientes intereses de demora.

### 16. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

#### A) Vinculación del juez contencioso-administrativo respecto a los hechos declarados probados en sentencia del orden laboral

A consecuencia del accidente de un trabajador, la Inspección de Trabajo visitó a la empresa empleadora. De esta inspección se derivó la imposición de una sanción pecuniaria a la empresa por no haber dado al trabajador la formación e información necesaria de los riesgos de su trabajo y de los medios de protección. Paralelamente, el trabajador interpuso pleito de reclamación por los mismos hechos en sede social, que dieron lugar

a que recayera sentencia firme en la que se reconoció que aquél “había sido informado verbalmente de los riesgos de la máquina” y que “incurrió en una conducta imprudente al no parar la máquina previamente e intentar colocar correctamente el tronco de madera (...) a pesar de las instrucciones que en tal sentido había recibido”.

Ante esta situación, la **STSJ de Madrid de 10 de junio de 2005**, Ar. 524 de 2006, señala su obligación de asumir los hechos declarados probados por la sentencia firme del orden laboral, declarando, por tanto, la nulidad de la sanción impuesta. En abono de esta postura cita repetida doctrina constitucional, conforme a la cual “los principios de igualdad jurídica y de legalidad en materia procesal (...) vedan a los jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la Ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, puesto que la protección judicial carecería de efectividad”. Esta doctrina se completa indicando que “este efecto no sólo puede producirse con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro órgano en supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa juzgada (...) sino que también se produce cuando se desconoce lo resuelto por sentencia firme, en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia”.

### **B) Diversidad de pronunciamientos en torno a la posibilidad de subsanación en vía contencioso-administrativa de la indefensión originada en el procedimiento administrativo sancionador**

– En sentido claramente negativo, se manifiesta la **STC 35/2006**, de 13 de febrero:

“de producirse una efectiva vulneración del derecho a ser informado de la acusación durante la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador, tal vulneración no podría ser sanada en la vía contencioso-administrativa, pues, (...) el posterior proceso contencioso-administrativo no puede servir nunca para remediar las posibles lesiones de garantías constitucionales causadas por la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora. Ello es así, entre otras razones, porque (...) no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, (...) nunca podrá concluirse que sean los Tribunales contencioso-administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, ‘condenen’ al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución (...). La vigencia (...) de las garantías constitucionales que ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador”.

– En sentido contrario, la **SAN de 15 de octubre de 2004**, Sección Primera, Ar. 687 de 2006, sostiene, frente a la “hipotética indefensión” originada por la denegación de práctica de una prueba pericial propuesta por la sancionada durante la tramitación del procedimiento sancionador, que ésta “habría sido reparada en el presente procedimiento

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

judicial, en el que ha sido admitida y practicada la prueba pericial que tal recurrente propuso en el correspondiente período probatorio”.

En la misma línea, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 6 de septiembre de 2005, Ar. 712 de 2006, frente a la alegación de indefensión de un sancionado en materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, por no habersele dado traslado del informe de ratificación de la denuncia, señala que “respecto de ese informe de ratificación (...) ha podido el recurrente formular alegaciones en el proceso, por lo que carecería de sentido una hipotética nulidad de actuaciones para darle traslado del mismo, que ya ha conocido en este recurso y ha podido formular alegaciones frente a él, como ha hecho”.

### **C) Se mantienen los hechos, aunque se modifica su calificación jurídica, el tipo aplicado y se fija la sanción**

La Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información impuso una multa a *British Telecom* por incumplir la obligación de reflejar en las facturas o documentos de cargo el derecho de los abonados a desconectarse de los servicios de tarificación. Se consideró que estos hechos constituían la infracción muy grave de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 consistente en el “incumplimiento grave de las obligaciones de servicio público”. La SAN de 18 de marzo de 2005, Ar. 654 de 2006, rechaza dicha interpretación, estimando que la obligación incumplida no constituía una “obligación de servicio público”, sino una “obligación relacionada con los derechos y obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios”. A partir de ahí, la sentencia añade que la conducta podría encuadrarse en una de las infracciones graves previstas por la mencionada Ley: “cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones de los prestadores y usuarios de redes y servicios de telecomunicaciones, previstos en las leyes vigentes”. Finalmente, respecto a la sanción procedente estima que, dado que “la Administración consideró procedente sancionar a la actora con una multa de 13.500 euros por la infracción muy grave, sanción que debe reputarse más que proporcionada (...), por la infracción grave que nosotros imputamos a la recurrente consideramos razonable la imposición de una sanción de 6.750 euros”.

### **D) Corrección de errores materiales o aritméticos sufridos en la fijación de la sanción**

Aun estableciendo la resolución sancionadora la procedencia de imponer la sanción correspondiente a una infracción leve, para la que se preveía sanción de multa de hasta 1.000.000 de pesetas, acaba imponiendo una multa de 1.500.000 pesetas. La STSJ del País Vasco de 27 de mayo de 2005, Ar. 721 de 2006, tras poner de relieve la “contradicción que se observa en la propia resolución”, resuelve que la multa de 1.500.000 pesetas “es disconforme a derecho, debiendo anularse y sustituirse por la de 1.000.000 de pesetas”.

### **E) Posibilidad de sustituir o modular la sanción**

La resolución sancionadora, sobre los mismos hechos y la misma calificación jurídica que los contenidos en la propuesta de resolución, impuso una sanción de multa en su grado

medio, mientras que la propuesta de resolución imponía la misma multa pero en su grado mínimo. La SAN de 16 de febrero de 2005, Sección Décima, Ar. 704, argumentando que dicho cambio se habría producido “sin justificación ni explicación ninguna y por razones que esta Sala no ha alcanzado a comprender (...) y teniendo en cuenta que no se motiva lo más mínimo”, sustituye la sanción impuesta en su grado medio por la misma sanción, pero en su grado mínimo.

Tras estimar la concurrencia en el sancionado de una situación depresiva unida a una alteración psíquica, que no fue tenida en cuenta por la resolución sancionadora que impuso su separación del servicio, la STS de 23 de febrero de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 4171, estima que dicha sanción “es, a todas luces, desproporcionada en relación con los hechos y las circunstancias personales del infractor, considerándose por ello más ajustada la sanción de un año de suspensión de empleo que la de separación del servicio, pues (...), en aquellos casos –como el presente– en que se contemplan diversas sanciones, la elección que de ellas se haga ha de ser proporcionada a la naturaleza y gravedad de la falta apreciada y a las circunstancias del sujeto (Principio de proporcionalidad)”.

#### **F) Conversión de una sanción nula en un acto administrativo de naturaleza no sancionadora**

Al autor de la tala de unas encinas y posterior roturación del monte sin autorización se le impone dos multas y el deber de abandonar el cultivo de las superficies roturadas para que vuelvan a su situación anterior. Este último deber también se imponía como una sanción, por lo que se esgrime la prescripción de la infracción tanto frente a las multas como a este deber. La STSJ de Castilla y León (Burgos), de 20 de mayo de 2005, Ar. 798 de 2006, considera, sin embargo, que “no ha prescrito la obligación de abandonar el cultivo de las superficies roturadas”, toda vez que este deber emanaría directamente del artículo 233 del Reglamento de la Ley de Montes, que establece que “las cortas a hecho de aclareos intensivos en fincas de particulares llevan aparejada la obligación (...) de repoblar de arbolado, en el plazo de dos años el terreno en que aquéllas se realizaron”. En apoyo de esta conversión de un acto sancionador nulo o anulable en otro de naturaleza jurídica distinta, cita la STS de 22 de abril de 1999, Ar. 4179, que, ante un caso similar, de conformidad con el artículo 64 LAP, estimaba que “el acto sancionador debe producir los efectos de un acto administrativo de carácter no sancionador consistente en declarar que el labrador que efectuó la roturación venía obligado a la repoblación del suelo”.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR  
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO  
ANTONIO M<sup>a</sup>. BUENO ARMIJO  
MANUEL REBOLLO PUIG

**VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Procedimiento expropiatorio.** A) Improcedencia de la declaración de necesidad de la ocupación para aprovechamientos mineros instada por el beneficiario de la explotación por previa caducidad del título. La nulidad de la caducidad por motivos de forma no extiende el efecto de cosa juzgada a una nueva declaración de caducidad legalmente acordada. B) Requisitos formales exigibles a la hoja de precio de la Administración: no es precisa la motivación detallada de los criterios valorativos empleados, bastando que el precio propuesto esté mínimamente argumentado y permita conocer suficientemente la posición de la Administración al respecto. **3. Determinación y pago del justiprecio.** A) Expropiación de derechos arrendaticios: existencia de “unidad de negocio” en el local expropiado y en el no expropiado que determina la inclusión de éste en la valoración expropiatoria. B) Consignación del justiprecio: doctrina jurisprudencial sobre el alcance de esta obligación cuando media litigio entre los interesados sobre la titularidad del bien a la luz del artículo 51 del REF. **4. Garantías sustanciales.** A) Inaplicación de la prescripción civil al ejercicio del derecho de reversión. B) Inexistencia de un supuesto de abuso de derecho por solicitar la retasación en día anterior a la percepción del tardío justiprecio de la finca expropiada.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

No son especialmente novedosas las cuestiones que abordan las sentencias analizadas en este período. Cabe destacar la sentencia que se comenta sobre los requisitos formales exigibles a la hoja de precio de la Administración, que reitera la doctrina jurisprudencial según la cual no es precisa la motivación detallada de los criterios valorativos empleados, bastando que el precio propuesto esté mínimamente argumentado y permita conocer suficientemente la posición de la Administración al respecto. Mayor interés tiene la sentencia que sienta la doctrina general sobre el alcance de la obligación de consignar el justiprecio cuando media litigio entre los interesados sobre la titularidad del bien a la luz del artículo 51 del REF; así como el pronunciamiento relativo al concepto de “unidad de negocio” a los efectos de la expropiación de los derechos de arrendamiento, que efectúa

una interpretación de dicho concepto que acerca los supuestos de unidad de gestión económica de los locales de negocio a los casos de expropiación de la parte sobrante cuya explotación deviene antieconómica para el titular. Finalmente, ofrece cierto interés la sentencia sobre inaplicación del régimen de la prescripción civil en el ejercicio de acciones sobre bienes inmuebles al derecho de reversión, en la medida en que abunda con profusión de argumentos en la doctrina jurisprudencial al respecto.

## 2. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

### **A) Improcedencia de la declaración de necesidad de la ocupación para aprovechamientos mineros instada por el beneficiario de la explotación por previa caducidad del título. La nulidad de la caducidad por motivos de forma no extiende el efecto de cosa juzgada a una nueva declaración de caducidad legalmente acordada**

La Ley de Minas de 22 de julio de 1973 confiere a los concesionarios de los derechos de aprovechamiento de los recursos de la sección A el beneficio de la expropiación forzosa, a cuyo fin pueden instar de la Administración competente la declaración de utilidad pública para la ocupación de los terrenos que estimen necesarios para el emplazamiento de las labores, instalaciones y servicios de la explotación minera (artículos 102 y siguientes de la Ley de Minas). La **STS de 19 de abril de 2005**, Ar. 3918, resuelve en casación la denegación de la solicitud de la declaración de utilidad pública y urgente ocupación de terrenos para la explotación de una cantera instada por el titular de la concesión de explotación. La denegación de la declaración expropiatoria solicitada se fundamenta en la previa caducidad de la concesión minera. Los hechos que dan lugar al recurso son, sucintamente, los siguientes.

Originariamente, la Administración concedente había declarado la caducidad de la explotación de la cantera, frente a lo que el concesionario interpuso un recurso contencioso-administrativo que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia competente apreciando la nulidad de la declaración de caducidad acordada por haber sido dictada por un órgano manifiestamente incompetente. Antes de que se pronunciara esta sentencia, la Administración desestimó la solicitud de declaración de utilidad pública y urgente ocupación de terrenos para la explotación de la cantera al impedirlo la decretada caducidad de la explotación. Frente a esta denegación, el concesionario interpuso otro recurso contencioso-administrativo que fue igualmente estimado por el Tribunal Superior de Justicia, que entendió que al haberse anulado judicialmente la declaración de caducidad debía seguirse tramitando el procedimiento instado para que la Administración se pronunciase sobre la declaración de utilidad pública y urgente ocupación. No obstante, cuatro días antes de que se pronunciase esta segunda sentencia, el órgano competente de la Administración declaró una nueva caducidad del aprovechamiento, corrigiendo así el vicio de incompetencia que aquejaba a la primera declaración de caducidad.

## VIII. Expropiación Forzosa

A la vista de esta segunda declaración de caducidad, y en aplicación de la sentencia que le compelia a resolver sobre la declaración de necesidad de ocupación, la Administración autonómica la vuelve a denegar esgrimiendo la nueva caducidad acordada. Esta denegación es la que resuelve el TSJ dando pie al recurso de casación que ahora llega al Tribunal Supremo. Cabe añadir que en esta ocasión la Sala de instancia dictó sentencia desestimatoria. La fundamentación del recurso de la empresa minera se basaba en que la segunda declaración de caducidad contravenía el principio de cosa juzgada, por lo que la consideraba ilegal al estar vigentes sus derechos de aprovechamiento. Frente a ello, el Tribunal *a quo* constata que al momento de dictarse la resolución recurrida ya se había declarado legalmente la caducidad de la autorización por el órgano administrativo competente (ahora sí), por lo que el recurrente no tenía ya el aprovechamiento de recursos de la Sección A y, en consecuencia, no podía acogerse a los beneficios de la LEF para la ocupación de terrenos necesarios para el emplazamiento de las labores, instalaciones y servicios, lo que hacía innecesaria la tramitación del procedimiento instado. En relación a la alegación de cosa juzgada, el Tribunal entiende que no hay tal, puesto que el primer pronunciamiento judicial del que pretende derivarse ese efecto fue consecuencia de considerar que el órgano que había dictado la primera declaración de caducidad no era el competente para efectuar dicho pronunciamiento, sin entrar en las cuestiones de fondo propias de las razones que fundamentaban la caducidad de la explotación. Es más, la posterior convalidación del vicio de incompetencia es plenamente ejecutiva y despliega sus efectos desde su notificación, pese a haber sido igualmente impugnada y estar pendiente de sentencia ante la propia Sala de instancia.

En el planteamiento del recurso de casación contra esta última sentencia de instancia, el recurrente vuelve a plantear la excepción de cosa juzgada, alegando, de un lado, que para estimar su concurrencia no cabe distinguir entre resoluciones judiciales de forma y de fondo, y, de otro, que la sentencia de instancia que anuló la primera declaración de caducidad produce efectos *erga omnes*, y no sólo entre las partes del proceso. Pero el Tribunal Supremo rechaza este motivo de casación por faltar una de las identidades necesarias para que pueda apreciarse el efecto de cosa juzgada. Así, para el Tribunal Supremo, la sentencia de instancia que compelia a tramitar el procedimiento de declaración de necesidad de la ocupación por haberse anulado la declaración de caducidad

“razonaba que al haber variado la situación al anularse el acto por incompetencia del órgano que lo dictó, las circunstancias habían cambiado y debía seguirse tramitando el procedimiento hasta dictarse la resolución que proceda. Pues bien, esta nueva resolución desestimatoria de la solicitud de declaración de utilidad pública y urgente ocupación es la que pone punto final al procedimiento cuya prosecución mandó la indicada sentencia.

Son, por tanto, dos resoluciones distintas respecto de las cuales falta la identidad precisa, ya que si bien ambas deniegan la solicitud fundadas en una previa declaración de caducidad, ésta también es distinta al dictarse por diferente órgano, y nada impide, conforme al artículo 67.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común convalidar los actos anulables subsanando el vicio de que adolezca, y si éste consistiere en la falta de incompetencia no determinante de nulidad, sino de mera anulabilidad, podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado.

Tampoco cabe apreciar la infracción del artículo 86 de la Ley Jurisdiccional, pues el efecto *erga omnes* que se desprende de la sentencia (de instancia) no era la declaración de utilidad pública y urgente ocupación de los terrenos, declaración que en la misma no se impone, sino sólo que se siga el procedimiento en orden a su terminación. Y es, precisamente, en este procedimiento, al haberse subsanado el defecto competencial relativo al órgano que dictó la caducidad, cuando por razón de la existencia de la misma se declaró que no había lugar a la declaración por falta del presupuesto contemplado en el artículo 102 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, esto es, ‘que se realice el aprovechamiento de recursos de la sección a)’, aprovechamiento que no se podía realizar al estar caducada la autorización”.

**B) Requisitos formales exigibles a la hoja de aprecio de la Administración: no es precisa la motivación detallada de los criterios valorativos empleados, bastando que el precio propuesto esté mínimamente argumentado y permita conocer suficientemente la posición de la Administración al respecto**

Según disponen los artículos 29 a 31 de la LEF, el expediente contradictorio para la fijación del justiprecio comienza con el emplazamiento al expropiado para que presente en veinte días su hoja de aprecio, en la que exprese el justiprecio que solicita. Posteriormente la Administración, en un plazo igual, aceptará o rechazará la hoja de aprecio del expropiado y, en el último caso, le notificará su propia hoja de aprecio. A partir de dicha notificación, el expropiado dispone de diez días para aceptar el justiprecio que le ofrece la Administración o rechazarlo, pudiendo alegar lo que a su derecho convenga.

En este contexto hermenéutico, la STS de 11 de abril de 2005, Ar. 5029, se pronuncia sobre los requisitos formales que ha de reunir la hoja de aprecio formulada por la Administración para desestimar la alegación del recurrente sobre la falta de fundamentación del aprecio administrativo, que se limitaba en este caso a fijar el precio de los bienes expropiados sin acreditar ni fundar cuáles hubieran sido los criterios empleados, periciales y jurídicos, que llevaron a establecer la valoración. El problema al que se enfrenta el Tribunal Supremo es, pues, dilucidar si los defectos y omisiones de la hoja de aprecio de la Administración o del beneficiario constituyen irregularidades invalidantes, siendo en este supuesto la irregularidad denunciada la falta de motivación.

En este sentido, en números anteriores de esta Revista hemos resaltado que el Tribunal Supremo viene entendiendo que lo esencial es que el expropiado pueda deducir de la hoja de aprecio cuál es la valoración que la Administración o el beneficiario atribuye a los bienes y derechos expropiados. De ahí que la jurisprudencia no haya admitido ninguna consecuencia invalidante ante las alegaciones de los expropiados sobre la falta de completitud del aprecio administrativo. De modo que siempre que la hoja de aprecio ofrezca una valoración mínimamente argumentada, que permita advertir la posición de la Administración o de la entidad beneficiaria, el expropiado no podrá invocar indefensión ni solicitar la anulación del procedimiento por tal causa.

## VIII. Expropiación Forzosa

Aplicando esta doctrina al caso planteado y con cita expresa de la STS de 5 de junio de 1997, Ar. 4600, la sentencia comentada desestima el argumento de los recurrentes acerca de que la hoja de aprecio les fue notificada de modo incompleto, pues

“El examen del expediente demuestra que el documento que les fue notificado contenía los elementos esenciales y suficientes para conocer la valoración realizada por la administración expropiante de los bienes objeto de expropiación. Ciertamente, no se incluyó en la notificación un documento complementario que contenía un completo estudio de los presupuestos que en aquélla y en otras expropiaciones derivadas de la misma obra pública orientaron las valoraciones realizadas por la administración; pero, cualquiera que sea el valor que pueda darse a este documento en relación con la hoja de aprecio propiamente dicha, lo cierto es que (los recurrentes) han tenido conocimiento del expediente de justiprecio y argumentado sobradamente sobre los datos contenidos en el expresado documento, por lo que no pueden haber sufrido indefensión y, en consecuencia, de haber existido alguna irregularidad en la notificación, como dice la sentencia recurrida, ésta no puede producir efectos invalidantes.

Debemos añadir que, en el caso que nos ocupa, la parte recurrente se limita a hacer una genérica imputación de falta de complitud en la hoja de aprecio facilitada por la Administración y a decir que de esa insuficiencia se le ha derivado indefensión. Pero ni nos dice qué elementos esenciales ha echado de menos en ese documento administrativo ni en qué modo o por qué razón se ha visto limitado o desprovisto de datos irremplazables que le han impedido articular una defensa eficaz.

Basta examinar las hojas de aprecio de una y otra finca (...) para comprobar que, tal como viene exigiendo este Tribunal, aquéllas ofrecen una valoración mínimamente argumentada que, desde luego, ha permitido a los expropiados conocer la posición de la Administración al respecto. Una información que es lo suficiente elocuente en este caso como para desautorizar cualquier alegación de indefensión.”

### 3. DETERMINACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO

#### A) Expropiación de derechos arrendaticios: existencia de “unidad de negocio” en el local expropiado y en el no expropiado que determina la inclusión de éste en la valoración expropiatoria

La STS de 13 de mayo de 2005, Ar. 4900, resuelve el recurso de casación planteado por el beneficiario de una expropiación contra la valoración del justiprecio acordada en instancia por el Tribunal Superior de Justicia que, apartándose del criterio seguido por el Jurado, acepta las conclusiones de la pericial propuesta por la expropiada para desvirtuar la presunción legal de veracidad y acierto de la resolución del Jurado.

Para entender el alcance de la indemnización expropiatoria acordada en este caso es preciso explicar someramente el funcionamiento del negocio que explotaba la expropiada. Ésta había suscrito un contrato de agente comisionista con el concesionario de Ford España que le autorizaba la venta a comisión de los automóviles de dicha marca en la zona de

influencia correspondiente a la concesión. En la misma fecha, y como consecuencia directa del contrato de comisionista, también había suscrito un contrato de servicio técnico oficial de Ford por el que la recurrente se obligaba a prestar los servicios correspondientes al mantenimiento y venta de recambios derivados de la comercialización de vehículos como comisionista. Estos dos contratos estaban condicionados a la disposición de un local o locales adecuados para el desarrollo de las actividades contratadas, requiriendo cualquier cambio de ubicación la autorización del Concesionario Ford. Para la explotación de su negocio, la expropiada disponía de dos locales comerciales situados en la misma calle, uno enfrente del otro. No obstante, la expropiación sólo afectó al local destinado a taller, dejando a salvo el destinado a la exposición y venta de los vehículos y a las labores administrativas y comerciales del servicio oficial en su conjunto. Ante la situación creada por la extinción del contrato de arrendamiento a raíz de la expropiación del taller, y debido a la probada imposibilidad de encontrar un local adecuado para la explotación del servicio oficial de Ford dentro de la zona de influencia del concesionario (como era exigido en el contrato de comisión), la casa Ford rescindió los contratos de venta a comisión y servicio oficial de marca.

Atendiendo a estas circunstancias, el Tribunal a quo acogió las conclusiones del dictamen pericial que valoraba las consecuencias dañosas derivadas de la pérdida de la concesión y que consideraban la “unidad de negocio” de la explotación conjunta de los servicios de venta y taller de vehículos, que no podían entenderse (como pretendió el Jurado) como actividades separadas. El Tribunal Supremo, por su parte, estima que la valoración de la prueba por la Sala de instancia no puede tenerse por arbitraria, ilógica ni contraria a las reglas de la sana crítica, como argumentaba el beneficiario de la expropiación, por lo que acoge el razonamiento de instancia y declara no haber lugar a la casación pretendida. Para el Tribunal Supremo, el hecho de que los contratos de venta y reparación se suscribiesen con la misma persona y en el mismo día; la circunstancia probada de no hallarse otro local al que trasladar la parte del negocio expropiada dentro de la zona geográfica “de influencia” que cubría la concesión; y la decisión de la casa Ford de rescindir ambos contratos por entender dicha marca automovilística que de no prestarse los servicios mecánicos no podía ostentarse la condición de agente comisionista, determinan la procedencia de apreciar la referida “unidad de negocio” y de valorar la pérdida total del mismo, en lo que viene a ser una aplicación implícita del principio de indemnizabilidad de la parte no expropiada cuya conservación resulte antieconómica para el propietario (que es el conocido presupuesto de hecho que sirve de aplicación a los artículos 23 y 46 de la LEF).

### **B) Consignación del justiprecio: doctrina jurisprudencial sobre el alcance de esta obligación cuando media litigio entre los interesados sobre la titularidad del bien a la luz del artículo 51 del REF**

La STS de 26 de mayo de 2005, Ar. 4129, resuelve el recurso de casación formulado frente a la denegación judicial del recurso planteado por la parte expropiada contra la decisión de la Administración expropiante de suspender el pago del justiprecio como

## VIII. Expropiación Forzosa

consecuencia de la admisión a trámite de una querrela penal por la supuesta falsedad cometida por la expropiada en los documentos que habían servido de base a la inscripción registral de la que se derivaba la presunción de propiedad a su favor.

Según la sentencia de instancia, la suspensión del pago del justiprecio acordada por la Administración y la consiguiente consignación del justiprecio en la Caja General de Depósitos del Ministerio de Economía y Hacienda se ampara en lo dispuesto en los artículos 3 y 50 de la LEF y 51 del REF. El artículo 50 de la LEF establece que “cuando existiera cualquier litigio o cuestión entre el interesado y la Administración se consignará el justiprecio en la Caja General de Depósitos”. La duda hermenéutica que presenta la interpretación sistemática de este precepto se centra, a juicio del Tribunal *a quo*, en si esta posibilidad legal se concede sólo cuando haya litigio entre el particular expropiado y la Administración o alcanza a otros supuestos. Lo que queda aclarado por el artículo 51 del Reglamento al disponer imperativamente que también procede consignar el justo precio “cuando existiere cualquier litigio entre los interesados”. De ello se desprende que cuando haya cualquier litigio entre los que se consideren interesados en el justiprecio, la Administración no tiene más remedio que consignar el justiprecio, suspendiendo, incluso, el pago decretado a favor de una persona concreta, como ocurrió en el caso presente. Teniendo en cuenta que el término “cualquier litigio” entre los interesados debe ser interpretado en su estricto sentido técnico-jurídico, la Sala de instancia afirma que:

“hay litigio cuando se discute procesalmente, tanto en la vía civil, como en la penal o en cualquier otra vía, la propiedad del bien expropiado, la cabida del mismo o cualquier otro aspecto que pueda hacer improcedente la entrega del justiprecio a una determinada persona. Por tanto la existencia de querrelas criminales (...), admitidas a trámite por un Juzgado de Instrucción, que dieron lugar a un procedimiento criminal abreviado (...) suponen, indiscutiblemente, el “cualquier litigio” a que se refiere la legislación de expropiación forzosa. Y por ello procede desestimar la demanda presentada en todos sus pedimentos, incluida la responsabilidad de la Administración que se postula, ya que actuó ajustándose a la legalidad vigente”.

Tras sistematizar exhaustivamente el relato de hechos del caso, el Tribunal Supremo corrobora esta interpretación recordando su doctrina sobre el alcance del deber de consignación a la luz del artículo 51 del REF, que, como afirma la Sala de instancia, contiene una relación de los supuestos de consignación más amplia que la establecida en el artículo 50 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Sentado lo anterior, el Tribunal Supremo analiza en primer término el concepto legal de “litigio” o “cuestión litigiosa” a los efectos de que la Administración deba acordar la suspensión del pago, afirmando que:

“La necesidad de acudir a la consignación, como consecuencia de posible litigios entre los interesados, exige necesariamente la acreditación de haberse promovido los mismos ante los tribunales competentes. La determinación y el objeto de lo que debe entenderse por cuestión litigiosa, puede plantear diferentes supuestos.

Así por ejemplo puede presentarse una primera cuestión en el sentido de precisar si el litigio debe circunscribirse sólo a lo relativo a la valoración del objeto expropiado o si por el contrario en una interpretación más amplia, sería procedente también la consignación, cuando la cuestión litigiosa entre los interesados, siguiendo la terminología empleada por la Ley y el Reglamento se refiriese a aspectos diferentes a la valoración del bien objeto de expropiación.

En cuanto a este extremo, esta Sala en su Sentencia de 8 de abril de 2000 se ha pronunciado en favor de esa interpretación más amplia tendente a considerar procedente la consignación cuando la cuestión litigiosa entre interesados o entre éstos y la Administración incida en cuestiones diferentes a la valoración del bien o derecho expropiado. Así se dice en la referida Sentencia:

‘Para evitar la responsabilidad por demora y, salvo en el procedimiento de urgencia, poder ocupar la finca o ejercitar el derecho expropiado, es preciso pagar el justiprecio o consignarlo cuando el expropiado rehusare recibirlo, según se deduce de lo establecido conjuntamente por los artículos 50 y 51 de la Ley de Expropiación Forzosa y 51 de su Reglamento, de manera que, aunque el expropiado, el beneficiario o la Administración, en la que se incardine el Jurado de Expropiación, recurran en sede jurisdiccional el acuerdo de éste, no se suspende la obligación de pago impuesta al beneficiario por los mencionados artículos 48.1 y 52.7ª de la Ley de Expropiación Forzosa.’

En los demás supuestos de consignación del justiprecio o de entrega de la cantidad que no sea objeto de discordia, previstos en los artículos 50 de la Ley de Expropiación Forzosa y 51 de su Reglamento, no se contemplan los litigios promovidos exclusivamente sobre la valoración de los bienes y derechos expropiados, sino los sustanciados con otro fin entre los que se consideren interesados y la Administración expropiante, y de aquí que el artículo 50.2 de la Ley de Expropiación Forzosa disponga que la entrega provisional quedará subordinada al resultado del litigio, pues, de dirimirse sólo el justiprecio y haber acuerdo hasta una suma concreta, carece de sentido calificar la entrega de provisional y subordinarla al resultado del litigio, lo que demuestra que no se trata de los pleitos que versen solamente sobre la valoración de los bienes y derechos expropiados sino de los litigios en que se diriman por los interesados otras cuestiones entre sí o entre aquéllos y la Administración expropiante, como se corrobora por la redacción del artículo 51.1.b) del Reglamento, que alude con toda claridad al litigio entre los interesados o entre ellos y la Administración, y lo mismo en su apartado 4 se refiere al pleito pendiente entre el interesado y la Administración, usando así idéntica terminología a la empleada por el artículo 50.1 de la Ley.”

Tras lo cual, y atendiendo a la propia funcionalidad de la figura de la consignación, la sentencia entiende obvio que también puede considerarse como presupuesto para acordarla la existencia del un litigio sobre la titularidad de la finca en cuestión frente al titular inscrito registralmente y reconocido como interesado en el procedimiento expropiatorio, pues sólo así cabe entender el artículo 3.2 de la LEF cuando señala que la presunción de propiedad a favor de los titulares registrales podrá ser destruida judicialmente. Al hilo

## VIII. Expropiación Forzosa

de lo dicho, el Tribunal Supremo recuerda la doctrina sentada por su Sentencia de 13 de octubre de 1993 en la que se afirmaba que a tenor de lo dispuesto concordadamente por los artículos 3.2 de la LEF y 6.1, 7 y 19.3 del REF,

“la Administración expropiante, salvo prueba en contrario, ha de considerar propietario a quien con tal carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo puede ser destruida judicialmente, de manera que, para que, conforme al artículo 7 de dicha Ley, se opere formalmente en el expediente expropiatorio la subrogación del adquirente de un bien o derecho en curso de expropiación, deberá ponerse en conocimiento de la Administración el hecho de la transmisión y el nombre y domicilio del nuevo titular, siendo tomadas únicamente en consideración las transmisiones judiciales, las *inter vivos* que consten en documento público y las *mortis causa* respecto de los herederos o legatarios (artículo 7 del Reglamento citado). Sólo en el caso de que un tercero acreditase haber promovido litigio ante los Tribunales competentes sobre la titularidad de la finca en cuestión frente al titular o titulares inscritos, reconocidos por la Administración como interesados en el expediente expropiatorio, debería ésta consignar la cantidad a que asciende el justo precio, como establece el artículo 51.1.b) del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, quedando liberada de la obligación de pagar el precio, al consignarlo en la Caja General de Depósitos, por resultar la propiedad litigiosa y pretender varios tener derecho a cobrar.”

Debe, pues, subrayarse que cabe realizar una consignación al amparo de los artículos 50 de la LEF y 51 del REF cuando exista un litigio entre los interesados respecto a la titularidad del bien o derecho expropiado, litigio que exige para ser tenido como tal (cuando lo que se cuestiona es la referida titularidad) que haya sido promovido ante el correspondiente órgano judicial a fin de desvirtuar la presunción de titularidad contemplada en el artículo 3.2 de la LEF.

### 4. GARANTÍAS SUSTANCIALES

#### A) Inaplicación de la prescripción civil al ejercicio del derecho de reversión

Al instituto de la reversión expropiatoria no le son de aplicación las reglas de la prescripción de las acciones que contiene el Código Civil, ya sean las de la prescripción adquisitiva o las de la prescripción extintiva. Así, la jurisprudencia ha entendido que no procede aplicar a la reversión el plazo quincenal de prescripción que para las acciones personales fija el artículo 1964 del Código Civil, ni la prescripción treintenaria que el artículo 1963 establece para las acciones reales sobre bienes inmuebles. Tampoco es aplicable el momento de cómputo de la prescripción que para toda clase de acciones establece el artículo 1969 del Código Civil. Asimismo, la jurisprudencia también rechaza la prescripción adquisitiva por usucapión que regulan los artículos 1940 a 1942 del Código Civil. La razón que sistemáticamente esgrime el Tribunal Supremo para descartar la aplicación de las reglas civiles es contundente: la única normativa aplicable al ejercicio del derecho de reversión es la legislación expropiatoria en los artículos 54 y 55 de la LEF y los artículos 63 y siguientes del REF.

Ahora bien, como quiera que hasta hace bien poco tiempo la LEF no fijaba plazos para el ejercicio del derecho de reversión (salvo que hubiera una notificación por parte de la Administración de su decisión de no establecer o ejecutar la obra o servicio que motivó la expropiación —o que el interesado se diera por notificado de este propósito—) y que el preaviso o advertencia del artículo 64.2 del REF no se halla sujeto a plazo alguno de caducidad o prescripción en su ejercicio, lo cierto es que el ejercicio de la acción para revertir los bienes quedaba prácticamente a la omnímoda libertad de los expropiados, salvo que la Administración decidiese poner fin a ese estado de cosas mediante la notificación a los interesados de la inejecución de la obra o servicio, para así emplazarlos a que ejercitasen el derecho de reversión en el perentorio plazo de un mes que fijaba el artículo 55 de la LEF.

Esta situación de indefinición e inseguridad en la que el antiguo propietario o sus causahabientes podrían convertir el derecho de reversión en una espada de Damocles siempre pendiente sobre la titularidad y destino de los bienes (salvo, como se ha dicho, que la Administración notificase expresamente la inejecución de la *causa expropriandi*) ha llegado a ser lamentada en alguna ocasión por el Tribunal Supremo (véase, por ejemplo, la STS de 19 de octubre de 1999, Ar. 9247), que, imposibilitado para aplicar las reglas de prescripción civil en atención a la consideración como Derecho común del ordenamiento administrativo, parecía echar de menos la regla de la prescripción treintenaria del derecho de reversión que estableció la Ley de Expropiación Forzosa de 1879 (en la redacción dada a su artículo 43 por la Ley de 24 de julio de 1918).

No obstante, la doctrina jurisprudencial se ha mantenido firme en la línea de rechazar la posibilidad de esgrimir la usucapión a favor de la Administración frente al ejercicio del derecho de reversión. Claro exponente de ello es la **STS de 6 de abril de 2005**, Ar. 4178, que casa una sentencia de instancia en la que se rechazaba la pretensión anulatoria de la desestimación del derecho de reversión sobre unos terrenos originariamente expropiados para destinarlos a la construcción de la antigua base aérea de Alcalá de Henares. El Tribunal *a quo* estima prescrito el derecho reversional de los causahabientes de los primitivos dueños apreciando la prescripción treintenaria para el ejercicio de las acciones civiles sobre bienes inmuebles que establece el artículo 1963 del Código Civil.

Para entender el sentido de la resolución del recurso de casación formulado contra esta sentencia debe consignarse que en el proceso *a quo* se dejó constancia de que la resolución desestimatoria de la pretensión formulada por los recurrentes en vía administrativa se hacía eco de un informe del Cuartel General del Ejército del Aire en el que se informaba que en 1965 el Ministerio del Aire decidió cerrar al tráfico aéreo la Base Aérea de Alcalá de Henares “pues, no existiendo ningún otro elemento de convicción acerca de la pretendida por los recurrentes inejecución total del fin para el que expropió en 1943, lo riguroso es partir de la base de que durante un determinado período temporal dicho fin fue cumplido y lo único que en la actualidad resulta patente es que tal fin ha sido sustituido, a lo largo del mucho tiempo transcurrido, por otros fines, también de notable interés público por cierto, que han justificado la retención de los terrenos por los distintos organismos de

## VIII. Expropiación Forzosa

la Administración que aún hoy los utilizan”. Tales fines están explicitados en la resolución administrativa denegatoria de la reversión, según la cual:

“1) El fin expropiatorio llegó a cumplirse, ya que en modo alguno se ha probado lo contrario, existe una orden de fecha 31 de diciembre de 1965 del Excmo. Sr. Ministro del Aire que dispuso cerrar al tráfico aéreo la Base Aérea de Alcalá de Henares y sólo a partir de 1950 de las 266 hectáreas expropiadas entre 1943 y 1945 se cedieron al Patronato de Casas del Aire (hoy Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas) 30 hectáreas y 21 centiáreas para el cumplimiento de sus fines y al Ayuntamiento de Alcalá de Henares, para depósito de abastecimiento de aguas, 1 hectárea y 76 centiáreas. 2) Tras una mutación demanial efectiva de 230 hectáreas, que data del 20 de diciembre de 1968, a favor del entonces Ministerio de Educación y Ciencia, es lo cierto que actualmente estos terrenos están al servicio de la Universidad de Alcalá de Henares con un fin de carácter exclusivamente público y relevante (la educación superior). 3) Por idéntico procedimiento, otras 135 hectáreas de los predios afectados se cedieron el 22 de mayo de 1969 al entonces Ministerio del Ejército, habiéndose informado (...) que, en la actualidad, el Ejército de Tierra considera estos terrenos como indispensables por el gran número de ejercicios que en ellos se realizan. 4) El resto de los terrenos han ido siendo cedidos para la construcción de casas hoy dependientes del Instituto para la vivienda de las Fuerzas Armadas (Invifas), cuyas viviendas militares de apoyo logístico tienen en la actualidad expresamente conferida la condición de bienes de dominio público (...). 5) Al menos con respecto a las cesiones históricamente efectuadas a favor del Ejército de Tierra y del Invifas, es de significar que no faltan sentencias de nuestro Tribunal Supremo que han estimado que para la permanencia de la *causa expropriandi* bastaría con que persistiera la finalidad genérica para la que se expropió (v.gr., un fin de carácter castrense o conectado con la ‘defensa nacional’).”

Para la estimación del recurso de casación formulado, el Tribunal Supremo aprecia la infracción de la jurisprudencia en la que incurre la sentencia de instancia en un largo razonamiento que, pese a su extensión, merece la pena reproducir íntegramente por su valor de doctrina general:

“Los motivos alegados por la recurrente han de ser estimados puesto que la prescripción del derecho de reversión apreciada por la sentencia recurrida es contraria a la jurisprudencia de esta Sala, contradiciendo la doctrina mantenida por la misma, entre otras, en las Sentencias de 8 de mayo de 1987, 21 de marzo de 1991, 18 de abril de 1997, 5 de febrero de 1998 y 10 de mayo de 1999, esta última dictada precisamente en relación con el ejercicio del derecho de reversión de finca expropiada también para la ampliación de la Zona de Vuelos, Hangares y Escuchas de Aeródromos del Aeropuerto de Barberán y Collar en Alcalá de Henares (Madrid), como ocurre con las de autos.

En esta última sentencia, recogiendo la doctrina de las sentencia que en ella se cita, se hace constar que el preaviso o advertencia de reversión del artículo 64.2 del Reglamento de la LEF no está sujeto a plazo de prescripción o caducidad, pues no se contempla ni en esta Ley ni en dicho Reglamento, al haberse modificado en este extremo el anterior ordenamiento que establecía un plazo de treinta años, desde la toma de posesión del inmueble por la Administración expropiante, como límite temporal, transcurrido el cual cesaba el derecho

de reversión, sin que ello suponga que la acción de reversión quede a la omnímoda libertad de los expropiados o sus causahabientes, con la consiguiente indefinición respecto de la titularidad y destino del bien o derecho sujeto a retrocesión, pues, en todo caso, está en manos de la Administración poner fin a tal estado de cosas mediante la notificación directa a aquéllos de la inejecución, terminación o desaparición de la obra o servicio público para así emplazarles a que insten la reversión en el término de un mes, previsto en el artículo 55 de la Ley de Expropiación Forzosa, transcurrido el cual sin haberlo ejercitado decaerá tal derecho, por más que este precepto anude idénticos efectos a la comparecencia de los interesados en el expediente dándose por enterados de la inejecución o terminación de la obra o de la desafectación.

Como la acción para exigir la reversión ha de ejercitarse en el plazo de un mes, fijado en el artículo 55 de la Ley de Expropiación Forzosa y computado a partir de la notificación que debe hacer la Administración a los expropiados o a sus causahabientes o desde que éstos comparezcan en el expediente dándose por enterados, no cabe alegar la adquisición por usucapión de la propiedad de los bienes expropiados ni la prescripción de la acción de reversión para rechazar ésta cuando se pide dentro de dicho plazo o cuando, por no haberse hecho tal notificación sin haberse dado tampoco por enterados los interesados, éstos hagan uso del derecho que les confiere, sin limitación temporal, el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa en la forma establecida por el artículo 64.2 de su Reglamento.

La tesis de la adquisición por usucapión de los bienes expropiados, sostenida por el Abogado del Estado —como sigue diciendo aquella sentencia—, no sólo contradice el sistema de garantías establecido en el ordenamiento expropiatorio vigente, en el que la reversión, salvo cuando la Ley la excluye explícita o implícitamente (artículos 74 y 75 de la Ley de Expropiación Forzosa entre otros supuestos), constituye el instrumento más efectivo de control del cumplimiento de los fines que justificaron el desapoderamiento de los bienes o derechos y, en definitiva, para velar por la autenticidad de la *causa expropriandi*, sino que es contraria al régimen de la usucapión, por suponer la expropiación un desapoderamiento coactivo de bienes o derechos aunque exista justo título para ello.

Sin embargo, la posesión, cuya prolongación en el tiempo es determinante de la adquisición de la propiedad cuando concurren los requisitos al efecto establecidos (artículos 1940, 1950 a 1955, 1957 y 1959 del Código Civil), es aquella que reúne a su vez las circunstancias o condiciones señaladas en los artículos 1941 y 1942 del Código Civil, en relación con los artículos 431, 432, 444 y 447 del mismo Código, que se condensaban en la formulación clásica *nec vi, nec clam, nec precario*.

Ahora bien, como hemos indicado, la expropiación constituye un desapoderamiento coactivo, aunque sea con justo título, por lo que la posesión adquirida mediante la tramitación de un expediente expropiatorio carece del requisito de pacífica, exigido por el artículo 1941 del Código Civil para posibilitar la adquisición del dominio por prescripción.

Esta Sala ha declarado (Sentencia de 6 de marzo de 1997, recurso de apelación 1142/1992, fundamento jurídico segundo) que el uso de vías de hecho por la Administración impide

## VIII. Expropiación Forzosa

la usucapión por no ser la posesión así obtenida válida para adquirir el dominio cualquiera que haya sido el tiempo transcurrido, salvo que las circunstancias del caso acrediten que hubiera venido a poseerse en forma pacífica.

Pues bien, por más que la expropiación suponga una posesión de buena fe y con justo título, al ser coactiva la desposesión de los bienes o derechos expropiados, carece de la condición de pacífica, de manera que no es idónea ni hábil para adquirir el dominio por prescripción, y, por consiguiente, no cabe esgrimir la usucapión para denegar la reversión.”

En relación a la activación del mecanismo reversional ante la desafectación de los bienes expropiados y las alegadas afectaciones ulteriores, el Tribunal Supremo recuerda que:

“El supuesto de la desafectación a que se refiere el artículo 54 de la LEF, en su originaria redacción, presupone, como declaramos en Sentencia de 25 de enero de 2005 (recurso 1067/2001) la realización de la obra para la que en su día se efectuó la expropiación, y su posterior abandono, bien por desuso, o, bien por un cambio de uso, en cuyo caso la afectación desaparece, resultando de aplicación lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley de Expropiación Forzosa en su redacción originaria que reconoce, para el supuesto de desafectación de los bienes expropiados, el derecho de reversión a favor de los titulares de los bienes en ese momento, y, en todo caso, la falta u omisión de la advertencia o preaviso exigido en el artículo 64.2 del REF no afecta al ejercicio de la acción reversional puesto que, cuando el recurrente formula su pretensión de reversión, la Administración debió entender que se trataba del preaviso de aquélla, como hemos declarado en Sentencia de 17 de febrero de 2004 (recurso 7875/1999).

De lo anterior se deduce la procedencia de estimar los motivos casacionales aducidos por los recurrentes sin que suponga eficaz objeción a lo expuesto la circunstancia, puesta de manifiesto por la representación de la recurrida en esta instancia, Universidad de Alcalá, conforme a la cual las fincas han sido destinadas a otros fines de naturaleza pública, bien sea el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas, bien al Ejército de Tierra, al Patronato de Casas del Aire, o a la propia Universidad, por cuanto que el artículo 66 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa prohíbe la realización de obras o el establecimiento de servicios distintos de los que sirvieron de causa a la expropiación en relación con los terrenos o bienes expropiados y sin que resulte aplicable por vía analógica lo dispuesto en el artículo 225 del TRLS de 1992, toda vez que el precepto está referido exclusivamente a las actuaciones urbanísticas y contempla el supuesto de cambio de uso derivado de la modificación del planeamiento, supuestos no aplicables al que aquí se contempla.”

Casada y anulada la sentencia de instancia por las razones expuestas, el Tribunal Supremo reconoce el derecho de reversión de los causahabientes, que, dada la imposibilidad acreditada de proceder a la devolución de la cosa en su estado originario (al estar gran parte de las fincas destinadas a otros fines de naturaleza pública), se traduce en la indemnización sustitutoria que para estos supuestos prevé el artículo 66.2 del REF en aplicación del principio indemnizatorio establecido en el artículo 121.1 de la LEF para los casos de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas.

### **B) Inexistencia de un supuesto de abuso de derecho por solicitar la retasación en día anterior a la percepción del tardío justiprecio de la finca expropiada**

La STS de 22 de febrero de 2005, Ar. 4971, resuelve el recurso de casación deducido contra la estimación judicial de una pretensión retasatoria inicialmente denegada por el Consejo Comarcal del Barcelonés, que era la Administración local obligada a pagar el justiprecio expropiatorio. El citado Consejo Comarcal combate la sentencia de instancia mediante un primer motivo de recurso dirigido a discutir la interpretación que el Tribunal a quo hizo del artículo 58 de la LEF, por cuanto dicha interpretación, basada en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, no resulta aplicable al caso —a juicio de la Administración recurrente— y ha de ceder ante el artículo 7 del Código Civil por cuanto se acredita un manifiesto abuso de derecho y mala fe en la actuación en vía administrativa del expropiado que solicita la retasación. Lo que pretende el motivo es poner de relieve que el recurrente percibió el pago del justo precio y de los intereses renunciando a la retasación, por lo que nada podía reclamar, y porque solicitó la retasación el día anterior a aquél en que recibió el pago. Estas afirmaciones de la Administración recurrente se acompañan de un precedente judicial en que se atestigua que el mismo expropiado procedió de igual manera en otra ocasión anterior (asunto resuelto por STS de 3 de junio de 2000, Ar. 5986). La alegación de mala fe y abuso de derecho por parte del expropiado en la que se funda este motivo casacional es rechazada por el Tribunal Supremo afirmando que:

“La Sentencia recurrida hizo la adecuada interpretación del artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa al reconocer que la petición de retasación efectuada era conforme a Derecho, una vez que comprobó que la misma reunía las condiciones exigidas para ello por el artículo mencionado. A saber, que habían transcurrido dos años desde que se fijó el justo precio en la vía administrativa sin que el mismo se hubiera hecho efectivo o se hubiera consignado, por lo que había de procederse a evaluar de nuevo las cosas o derechos objeto de expropiación, con arreglo a los preceptos contenidos en el capítulo III del título II de la Ley de Expropiación Forzosa, artículos 24 y siguientes, y de ese modo procedió el expropiado, solicitándolo antes de aquel momento y acompañando a su petición la preceptiva hoja de precio para iniciar de nuevo el procedimiento correspondiente.

En ese modo de proceder no se ha justificado que exista abuso de derecho como pretende la Corporación recurrente, ni tan siquiera mala fe, que imputa al hecho de que el recurrente hubiera seguido en otras ocasiones igual *modus operandi* para solicitar también retasaciones de otros bienes de su propiedad, puesto que se atiende a la letra y al espíritu de la norma a la que se acoge, sin perjuicio de lo que después expondremos al tratar del segundo de los motivos.

Junto a lo expuesto conviene añadir que tampoco es cierto que en el acta de pago hubiera renuncia ni expresa ni presunta a la retasación como pretende la Corporación recurrente, y así resulta de la lectura de la misma que aparece en catalán al folio 78 del expediente, puesto que lo que en ella se dice no es más que nada tiene que reclamar el expropiado por el justo precio recibido y por los intereses, pero nada se añade, en ningún sentido,

## VIII. Expropiación Forzosa

en relación con la posible retasación de esos bienes si concurrían los requisitos para ello. Y más aun cuando ya la Administración conocía o debía conocer la petición presentada el día anterior.”

Junto a este motivo, la recurrente articula un segundo en el que se cuestiona la legalidad de la reversión efectuada con posterioridad al cobro del justiprecio. Para ello, la recurrente esgrime la aplicación del artículo 48.4 de la Ley 30/1992 (en la redacción que éste tenía antes de la reforma operada por la Ley 4/1999), referido al cómputo de los plazos expresado en días, en relación al artículo 58 de la LEF, por cuanto entiende que la solicitud de retasación se efectuó con posterioridad al cobro del justiprecio, ya que la expropiada formuló su petición por correo y ésta fue conocida por la Administración cuando ya había abonado el justiprecio. El Tribunal Supremo rechaza igualmente este motivo de casación por entender que:

“El artículo 48.4 de la Ley 30/1992 citado poco tiene que ver con la cuestión debatida porque se refiere al modo en que se computarían los plazos y disponía que ‘se contarán a partir del día de la notificación o publicación del correspondiente acto salvo que en él se disponga otra cosa y, respecto de los plazos para iniciar un procedimiento, a partir del día de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en cualquiera de los registros del órgano administrativo competente’. Y es así porque en este supuesto no se trata de computar plazo alguno sino de saber si procede la retasación de los bienes expropiados transcurrido el plazo de dos años desde la fijación del justo precio y cuando aún no se ha pagado aquél como aconteció en este supuesto, y en ese sentido poco importa el momento en que se pidió la retasación, si fue el día antes o un mes antes del pago o en cualquier otro momento. Así resulta de la Sentencia de esta Sala de 3 de junio de 2000 en un supuesto muy similar, en la que dijimos lo que sigue: ‘en este caso, por el contrario, el propietario recibió la totalidad del justiprecio e intereses de demora después de instar la retasación, aunque la Administración, que efectuó el pago, ignorase tal pretensión al haber sido cursada por correo, sin que por ello quepa tachar la conducta del propietario expropiado de dolosa, pues el hecho de haberse pedido la retasación, como certeramente apunta la representación procesal del recurrido, no exime a la Administración del deber de abonar íntegramente el justiprecio determinado por el Jurado y los intereses de demora, ya que no cabe, como resultado de la retasación, reducir aquél, de manera que, antes bien, sería la Administración la que actuaría de mala fe si, conocedora de la solicitud de retasación, se negase a satisfacer el justiprecio y los intereses hasta tanto se tramitase y resolviese el procedimiento retasador.’

Pedida la retasación con anterioridad a percibir la totalidad del justiprecio, no es aplicable la doctrina jurisprudencial de los actos propios para denegarla, sin que el cobro, en este caso, precise de reserva alguna al haberse previamente interesado aquélla.”

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) Concurrencia de responsabilidades en diferentes grados entre la Administración y la propia víctima. B) Responsabilidad sanitaria. Alcance y prueba del consentimiento informado. **3. Daño indemnizable. Valor de los baremos de accidentes de circulación a los efectos de calcular la indemnización por responsabilidad administrativa.** **4. Aspectos procesales.** A) Legitimación activa: daños a terceros cuando éstos tienen una póliza de seguros. B) Legitimación pasiva: responsabilidad administrativa por omitir medidas preventivas en actividades de riesgo organizadas por sujetos privados. C) Responsabilidad derivada de acto administrativo. D) Responsabilidad derivada de reglamentos ilegales: *dies a quo*. E) Responsabilidad derivada de alteración delictiva de planimetría urbanística: *dies a quo*.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

El conjunto de sentencias analizadas para la presente Crónica, si bien no ofrece pronunciamientos especialmente resonantes, sí nos brinda, como suele ser habitual, valiosas aportaciones doctrinales –y también vacilaciones– en algunos aspectos importantes de la institución. Sobresale en este sentido el tratamiento dado al siempre controvertido tema del consentimiento informado del enfermo en el ámbito de la atención hospitalaria, en este caso matizado además por venir enmarcado en el contexto de la llamada medicina satisfactiva, que por lógica impone el deber de una información más circunstanciada que la que cabe exigir en el campo de la medicina normal o meramente curativa.

También resulta de interés una Sentencia del Tribunal Supremo –9 de mayo de 2005– en la que es condenada la Administración en un supuesto de hecho que bien puede suponer un ejemplo extremo de responsabilidad por hechos realizados u organizados por terceros en el ámbito de su pura libertad de desenvolvimiento y en lugares netamente privados. En otro orden de problemas muy importante es lo que concierne a la responsabilidad de la Administración por actos administrativos posteriormente anulados, supuesto que a pesar de contar con una regulación suficiente y aun siendo su solución nada compleja *a priori*, queda ésta notablemente mediatizada por el uso de esa tan recurrente como perturbadora

teoría del “margen de tolerancia” que en definitiva no supone otra cosa que la merma de trascendencia al hecho mismo de la existencia de un acto que además de ilegal es lesivo y abrir paralelamente márgenes de “comprensión” y, por tanto, de exculpación, hacia esas actuaciones objetivamente irregulares, basado todo ello en una presunta dificultad de dar en algunos casos con la solución jurídicamente correcta. Parece claro que aunque tal situación se pueda dar de hecho en la práctica y que no se deje de reconocer la existencia de esa posible dificultad a la hora de acertar con la solución, ello no debe derivar en perjuicio del damnificado, a quien desde luego no cabe imputar las presuntas lagunas, oscuridades o dificultades que pueda plantear la aplicación de las normas jurídicas.

## **2. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DEL SISTEMA: OBJETIVIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y CAUSALIDAD**

### **A) Concurrencia de responsabilidades en diferentes grados entre la Administración y la propia víctima**

La STS de 14 de marzo de 2005, Ar. 4374, analiza el supuesto de una empresa que encomienda a una gestoría sus relaciones con la Tesorería de la Seguridad Social. Un empleado de dicha gestoría se queda con el dinero que le ha sido entregado para abonar las cantidades correspondientes a las cotizaciones de un período de un año y medio, por lo que sería condenado por delito de apropiación indebida. La empresa hubo de abonar las cotizaciones y reclama con base a dos argumentos. Por una parte, la actitud omisiva de la Administración en su labor recaudatoria, dado que durante más de dos años la Administración Pública, pese a no haberse ingresado las cuantías correspondientes, nada comunicó al recurrente, y ese silencio hizo posible que se fuera incrementando el descubierto mientras que, si hubiera sido requerido de pago en su debido momento, habría hecho inmediatamente las averiguaciones oportunas, evitando así que la deuda aumentara. Por otra, la Administración facilitó información errónea al recurrente sobre su situación ante la Tesorería, certificando en diversas ocasiones a aquélla que estaba al corriente en el pago de sus cuotas, lo que contribuyó también a que ese descubierto fuera creciendo. El Tribunal Supremo acepta estos argumentos. Estima la responsabilidad concurrente de la Tesorería con la de la propia empresa, responsable por *culpa in eligendo*, al haber encomendado las relaciones con la Tesorería a una gestoría que no las llevó a cabo cabalmente. En este caso, se considera que el porcentaje mayor debe pesar sobre el particular que asumió el riesgo que lleva implícito el pago a través de tercero, por lo que ha de asumir el setenta por ciento del daño, y la Administración tan sólo el treinta.

### **B) Responsabilidad sanitaria. Alcance y prueba del consentimiento informado**

Traemos a este apartado dos destacables sentencias que suscitan, de modo principal, el tema del alcance y la prueba del consentimiento informado, en ambos casos con daños ocasionados con ocasión el embarazo y nacimiento de niños.

## IX. Responsabilidad Administrativa

– En la **STS de 20 de abril de 2005**, Ar. 4312, se ejercita la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración para la reparación de los daños derivados de la práctica de amniocentesis, a raíz de la cual se produjo pérdida de un hijo en gestación. La Sentencia del Tribunal Supremo se centra en el tema del consentimiento informado, regulado en la fecha de los hechos en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad. La recurrente negaba haber sido informada de los posibles riesgos. El Tribunal Supremo entiende, contra la instancia, que no bastan en este sentido las afirmaciones del facultativo acerca de que era práctica habitual que en el Servicio de Urgencias del Hospital explicaran los riesgos. La falta de acreditación de haberse prestado la información revela la existencia de una mala praxis que impidió a la paciente ejercitar su derecho a la libre opción con pleno conocimiento de los riesgos, que eran altos teniendo en cuenta, además, que el Hospital donde tuvo lugar su práctica tenía un índice de actualización del riesgo hasta en 5 veces al que como normal se detecta en análogos servicios de otros países, y 2,5 veces superior al de otro hospital de la misma red hospitalaria pública española. Y riesgo que resulta mayor si la prueba se intenta obtener tras la práctica de varias punciones, como ocurrió en el caso de autos. Asimismo, hace uso de las facultades excepcionales para integrar el relato de hechos declarados como probados en la instancia, y concluye que hubo una mala praxis. Se concede una indemnización alta (en comparación con otras concedidas en concepto de responsabilidad patrimonial), habida cuenta de las circunstancias concurrentes: la víctima había quedado en una situación depresiva y un estado de ansiedad y agorafobia que le impedía incluso la salida de su domicilio provocado todo ello por la pérdida del hijo en las condiciones indicadas lo que determinó la declaración de incapacidad permanente de la misma.

– Por su parte, la **STS de 9 de mayo de 2005**, Ar. 4902, enjuicia un caso de embarazo tras haberse sometido la reclamante a una operación quirúrgica de ligadura de trompas. Se daba el caso de que la decisión había sido aconsejada por su médico, ante el empeoramiento que un nuevo embarazo podría suponer para un grave proceso ocular que venía sufriendo. No obstante, quedó embarazada y se sometió a una nueva operación de ligadura de trompas. Posteriormente, su proceso ocular continuó agravándose. Alegaba la recurrente no haber sido advertida de los riesgos que entrañaba la intervención consistente en la ligadura de trompas y los subsiguientes riesgos de embarazo, habiéndosele informado por el contrario que el método anticonceptivo utilizado era totalmente seguro y eficaz y no entrañaba riesgo alguno de embarazo, sin la advertencia en ningún momento de la necesidad de utilizar otros métodos anticonceptivos que anularan toda posibilidad de embarazo, dejándola en la más absoluta indefensión pues al ser profana en estos temas confió en la profesionalidad del médico y del Hospital cuyos servicios había contratado con la concreta intención de suprimir totalmente la posibilidad de embarazo mediante la esterilización. Entre los perjuicios alegados, se encontraba un reposo obligado de seis meses durante el embarazo, permaneciendo cerrado durante todo ese tiempo el comercio que regentaba, que suponía casi la mitad de los ingresos familiares; el sometimiento a una doble operación de esterilización; sus problemas oculares; y otras importantes secuelas físicas y psicológicas, incluida depresión posparto. Finalmente, el daño moral que le produjo un embarazo contra el que se creía plenamente preservada.

La sentencia de instancia desestimó el recurso. Consideró que de un análisis conjunto de los autos se desprendía que la operación de ligadura de trompas era aconsejable por razones médicas en este caso (como prueba que posteriormente se repitiera) y que el médico sí le había informado verbalmente en términos razonables de los riesgos de un eventual, aunque improbable, embarazo posterior. Además, consideró que no había quedado acreditado que los posteriores males que padeció la recurrente fueran consecuencia del último embarazo, ya que los problemas oculares preexistían y no se había acreditado el nexo causal de los restantes.

El Tribunal Supremo recuerda la doctrina legal sobre el alcance de la exigencia de consentimiento informado de la Ley General de Sanidad de 1986:

“Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad, se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto, la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad.

El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada –puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente– y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica –no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión–, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario.

Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad.

## IX. Responsabilidad Administrativa

La redacción dada posteriormente por la Ley 41/2002 a su artículo 10, aun cuando no aplicable por razones temporales al caso de autos, sí sirve para confirmar la interpretación que ha venido realizando este Tribunal en cuanto a la exigencia de detalles en la información que ha de darse al paciente.”

En el caso de autos, se daba además la peculiaridad de que, en principio, las operaciones de esterilización pertenecen a la medicina satisfactiva y no a la curativa, lo que implica, precisamente por la voluntariedad de someterse o no a ellas, una mayor importancia de la información, ante la cual la decisión podrá tomarse con criterio cabal. Como recuerda la propia sentencia, retomando pronunciamientos anteriores:

“En el caso de la medicina satisfactiva, la obligación de informar y el consentimiento del paciente adquieren perfiles propios.

Por una parte, la jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal declara, como una de las consecuencias del carácter satisfactivo del acto médico-quirúrgico, en consonancia con la elevación del resultado a criterio normativo de la obtención de un resultado, con las salvedades apuntadas, una intensificación de la obligación de informar al paciente tanto del posible riesgo inherente a la intervención, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención (sentencia, ya citada, de 25 de abril de 1994). Como consecuencia de ello, podemos añadir aquí que la información cuya ausencia vicia el consentimiento no es sólo la del riesgo de fracaso, en sí mismo, de la intervención, sino también la de las posibles consecuencias negativas que el abandono del tratamiento postoperatorio del paciente hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta puede comportar, así como de la necesidad o conveniencia de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para advertir a tiempo, en la medida de lo posible, el fracaso tardío que pueda existir y conducir a la necesidad de una nueva intervención o de atenerse en la conducta personal a las consecuencias de haber recuperado la capacidad reproductora.

Por otra parte, esta Sala observa que en la medicina satisfactiva los perfiles con que se presenta la prueba del consentimiento adquieren peculiar relieve en la medida en que esta medicina es por definición voluntaria, de tal suerte que será menester tener en cuenta las características del acto de petición de la actividad médica, el cual por sí mismo, y atendidas sus circunstancias, puede aportar elementos que contribuyan a la justificación de la existencia de consentimiento en sí mismo, cosa que no ocurre en la medicina asistencial, especialmente en los supuestos de existencia de grave riesgo para la salud, en los que cabe presumir que la iniciativa de la prestación médica y del carácter de la misma corresponde de modo exclusivo o preponderante a los servicios médicos, pues responde a una situación de necesidad no dependiente de la voluntad del paciente. Mas esto no minora la exigencia de mayor rigor en el deber de información en la medicina satisfactiva, aun cuando éste se proyecta, más que sobre la intervención en sí, sobre el resultado perseguido y el riesgo de no obtenerlo, pues la petición de asistencia médica, que puede ser suficiente para justificar la existencia de consentimiento en cuanto al hecho de la intervención, no lo es en cuanto al conocimiento de sus resultados y riesgos. A ello se añade, finalmente,

la consideración de que cuando la propuesta de la intervención encaminada a lograr un determinado resultado procede de los propios servicios médicos, especialmente si éstos están integrados en la red pública de salud, la asunción de la iniciativa acentúa, si cabe, el deber de información.”

Pues bien, tras recordar esta doctrina general, el Tribunal Supremo, al enjuiciar el caso de autos, recuerda que la única “constancia” del consentimiento informado la constituyen las manifestaciones del médico que practicó la intervención que se limita a indicar que la ligadura de trompas era un método muy fiable, sin más concreciones, de lo cual el tribunal de instancia infiere que hubo información suficiente, lo que el Tribunal Supremo no comparte, pues en este caso la prueba corresponde a la Administración. Por ello, ha de entenderse producido un daño moral de especial relevancia en las condiciones de la recurrente en cuanto era sabedora de que de su estado podían derivarse daños para su visión, circunstancia de incertidumbre y temor que por sí sola configura dicho daño moral, con independencia de que luego se consumaran o no concretos daños para su visión, puesto que no queda acreditado que el desprendimiento de retina fuera consecuencia del tan citado embarazo, como tampoco otras complicaciones físicas alegadas. Ahora bien, considera que, aunque no acreditada la causalidad respecto a los mismos, sí es plausible, y, por ello, no ha de entenderse prescrita la acción. En cuanto a la valoración del daño moral en un caso como éste, se remite a jurisprudencia anterior (la STS de 3 de octubre de 2000, Ar. 7799, comentada *in extenso* en su momento en estas Crónicas), conforme a la cual el daño lo constituye no el nacimiento del hijo en sí, sino la frustración del derecho de autodeterminación personal que supone, por la que reconoce una cantidad de sesenta mil euros.

A la Sentencia se formula Voto particular, que suscriben los Magistrados Puente Prieto, Martínez-Vares García y González Navarro, que discrepan en el punto de la fijación del *dis a quo*, ya que niegan la existencia de nexo causal entre los problemas físicos, que son los tenidos en cuenta por la demandante a efectos de justificar el momento de interposición de la acción, y la primera operación de esterilización.

### **3. DAÑO INDEMNIZABLE. VALOR DE LOS BAREMOS DE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN A LOS EFECTOS DE CALCULAR LA INDEMNIZACIÓN POR RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**

La STS de 4 de mayo de 2005, Ar. 4903, juzga la demanda de indemnización que trae causa del accidente de un niño de seis años durante el recreo en un centro escolar, al subir a un muro de un metro de altura, con resultado de invalidez casi absoluta del noventa por ciento, precisando ayuda en todo momento de terceros. El Tribunal Supremo, al igual que el de instancia, considera que hay responsabilidad administrativa por culpa *in vigilando*. Ahora bien, el tribunal de instancia había fijado una indemnización alta, de noventa millones de pesetas. El Tribunal Supremo aumenta la cantidad, pues considera que ha de establecerse también una indemnización por cada día de baja.

## IX. Responsabilidad Administrativa

“Los criterios para fijar la indemnización aparecen establecidos en diversos textos legales, los cuales siguen un sistema de baremos, que es el que utilizan los recurrentes para justificar el importe o *quantum* que por responsabilidad patrimonial de la Administración reclaman, al fundamentarse 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.

Tales baremos, que tienen una función orientativa y no vinculante, al ser su ámbito propio la valoración de daños personales en el seguro de responsabilidad, sirven de referencia por la seguridad y objetividad jurídica que implica, un sistema objetivo de resarcimiento, razón por la que se suele invocar en el ámbito de la Seguridad Social; por ello, el importe de la indemnización ha de fijarse estimativamente por el Tribunal teniendo en cuenta las cantidades reconocidas en casos análogos y las que pudieran resultar aplicables, en su ámbito, como consecuencia de los criterios legales, de la tasación mencionada.

Teniendo en cuenta lo que acabamos de decir, entendemos, de acuerdo con la doctrina sustentada por esta Sala en nuestras sentencias de quince de noviembre de dos mil dos, catorce de abril y dieciséis de mayo de dos mil tres, que aunque no es revisable en casación modificar el *quantum* indemnizatorio fijado por la Sala de instancia, salvo que concurran especialísimas circunstancias demostrativas de un ostensible y manifiesto error del Tribunal, como quiera que en el caso enjuiciado, la indemnización señalada por la sentencia recurrida por el daño moral no comprende o incluye los perjuicios derivados por los días de baja del menor, debe fijarse una indemnización por este concepto a razón de un precio unitario por día de 7.368 pesetas durante su estancia hospitalaria y 3.158 pesetas, durante su estancia no hospitalaria, que se fijarán en ejecución de sentencia en atención a los días que permaneció respectivamente en estancia o no hospitalaria.”

Varios aspectos destacan en esta sentencia: la utilización como referente de los baremos de accidentes de circulación; la modificación al alza en sede casacional de un *quantum* de por sí muy elevado en comparación con otros casos similares, y fijando para un niño una indemnización que tiene en cuenta los días de baja; o la imputación a la Administración educativa de un daño de esta gravedad por culpa *in vigilando* por caer un niño de un murete de ¡un metro! de altura, que parece más bien bordear el supuesto del caso fortuito.

### 4. ASPECTOS PROCESALES

#### A) Legitimación activa: daños a terceros cuando éstos tienen una póliza de seguros

La STS de 15 de febrero de 2005, Ar. 4105, analiza la legitimación activa para reclamar frente a la Administración una indemnización, cuando una parte de la misma ha sido satisfecha por una aseguradora. Según el artículo 43 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980, el asegurador se subroga en la legitimación del asegurado para reclamar al tercero por los daños que el asegurador haya satisfecho. Pues bien, por ello mismo, no puede el perjudicado accionar en nombre de la aseguradora, de la que no ostenta un poder de representación, reclamando una compensación o resarcimiento económico ya cubierto y satisfecho por las pólizas suscritas.

**B) Legitimación pasiva: responsabilidad administrativa por omitir medidas preventivas en actividades de riesgo organizadas por sujetos privados**

La jurisprudencia registra una fuerte tendencia a extender el campo de imputación de responsabilidad a la Administración por omisión de su deber general de garantizar la seguridad de las personas en todos aquellos supuestos en que el daño trae causa de una actuación privada en el curso de una actividad abierta al público en general.

Al respecto, traemos a colación dos pronunciamientos recientes:

– La **STS de 9 de mayo de 2005**, Ar. 4223, Sala de lo Civil, establece la responsabilidad de un Ayuntamiento por el fallecimiento de una persona al caer sobre ella un árbol en mal estado cuando participaba en una romería y pasaba por una finca privada. Pese a que la organizadora de la romería era una Hermandad y el accidente tuvo lugar en una finca particular cuya propietaria había dado su autorización, el Tribunal Supremo hace suyos los razonamientos de la instancia y considera que:

“(…) si bien el Ayuntamiento no fue el organizador de la romería, no resulta totalmente extraño a la celebración y transcurso de la misma, ya que se trataba de un acto con afluencia máxima de gente, y como dice la Sentencia de 11 de abril de 2000, existía el indudable deber del Ayuntamiento de velar por Seguridad del público presente en el acto, con la adopción de las medidas precisas de cercioramiento de que en el lugar de celebración no existían elementos susceptibles de causar daños a las personas y nada probó al respecto el recurrente. Es claro que se está ante un supuesto de culpa extracontractual previsto en el artículo 1902 del Código Civil.

A mayores razones concurre el necesario nexo causal que tuvo como base la actuación totalmente pasiva del Ayuntamiento, no ajustada a la diligencia exigible en atención a las circunstancias concurrentes y para poder decretar la exoneración es necesario haber demostrado que se obró con toda la diligencia y previsiones para evitar el luctuoso suceso (Sentencias de 4 de junio de 1991 y 27 de septiembre de 1993), lo que en este caso no ha tenido lugar.”

– Por su parte, la **STS de 24 de mayo de 2005**, Ar. 4988, resuelve un recurso extraordinario de casación para unificación de doctrina. Se trata de un asunto de daños físicos sufridos durante la celebración de un espectáculo pirotécnico. El daño lo padece una señora que presencia el desfile de una comparsa que iba acompañada por la Policía Local, como parte de una cabalgata, dentro de un acto organizado por una entidad privada para festejar la noche de San Juan, que sufre lesiones por el impacto del palo que llevaba en el extremo un artefacto pirotécnico lanzado por dicha comparsa. El tribunal de instancia consideró que no existía responsabilidad municipal, al tratarse de un acto que no había organizado el Ayuntamiento. El Tribunal Supremo afirma la existencia de triple identidad y contradicción con otra sentencia dictada por el mismo Tribunal Superior de Justicia, concluyendo que:

## IX. Responsabilidad Administrativa

“(…) la conducta de la Corporación Local implicada en el suceso no fue la adecuada puesto que se produjo el hecho que dio lugar a las lesiones sufridas por la recurrente. No puede excusarse el Ayuntamiento en el hecho de que la comitiva la organizaba una entidad privada, y no puede eximirse ese hecho de su responsabilidad en el suceso porque una vez que se hizo cargo de la custodia de la marcha lo fue con todas las consecuencias, y no a los meros efectos que pretende de cortar la circulación. Conocía o debía conocer las circunstancias que concurrían en el desfile, y que los participantes que componían la comitiva portaban los artefactos explosivos, uno de los cuales estalló y causó a la recurrente las lesiones que padeció. De este modo no ofrece duda que debió adoptar las medidas de seguridad adecuadas para garantizar la seguridad en el lugar público por el que discurría la comitiva para evitar un suceso como el que aconteció, y para ello debió evitar que las personas que contemplaban el paso del cortejo pudiesen ser lesionados por los petardos que era previsible que estallasen, como desgraciadamente ocurrió, obligándoles a mantener una distancia de seguridad de modo que al no hacerlo así se produjo el anormal funcionamiento del servicio en relación con la seguridad en lugares públicos.”

Declara, pues, la obligación de indemnizar del Ayuntamiento.

### C) Responsabilidad derivada de acto administrativo

La STS de 21 de abril de 2005, Ar. 4314, estudia la responsabilidad derivada de acto administrativo posteriormente anulado en vía judicial y suscita una vez más la controvertida cuestión de la admisión o no de elementos culpabilísticos a la hora de determinar la responsabilidad administrativa.

Se trata de un empresa que solicita indemnización por entender que, al denegársele el derecho a reestructurar su plantilla de trabajadores, hubo de cesar en las actividades industriales, con la consiguiente pérdida de valor patrimonial y los perjuicios adicionales por despido de los trabajadores. En una situación de crisis del sector, la empresa inició los trámites para que se aprobara un expediente de modificación de las condiciones de trabajo al amparo del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. El expediente de modificación de las condiciones de trabajo fue rechazado tanto por el comité de Empresa como por la Dirección Provincial de Trabajo y por la Dirección General de Trabajo. La resolución de la Dirección General de Trabajo fue objeto de recurso contencioso-administrativo. Posteriormente, la empresa presentó un nuevo expediente de regulación de empleo que siguió igual suerte. Dicha resolución también fue impugnada ante la Sala de lo Contencioso. Finalmente, por considerar la situación insostenible, la empresa procedió al despido individual de cada uno de los trabajadores, lo que llevó a que se impugnase dicho despido ante la Jurisdicción Social, dictándose sentencia declarando el despido improcedente. Mientras tanto, se habían tramitado los recursos contencioso-administrativos interpuestos frente a las resoluciones denegatorias de los expedientes de regulación de empleo. Las sentencias reconocían a la empresa el derecho a la modificación de las condiciones de trabajo propuestas en los expedientes de regulación de empleo. La actora basaba su pretensión, al formular la demanda, en considerar que de haberse aprobado inicialmente los expedientes de regulación de empleo y de modificación de las condiciones de trabajo se habría podido mejorar la situación de la empresa y no se habría llegado al cierre de la misma.

La Sentencia de instancia rechaza la responsabilidad patrimonial de la Administración en el caso de autos, con base en dos consideraciones, que son las cuestionadas por la recurrente en los dos motivos de recurso articulados y así aduce que la anulación por la jurisdicción contencioso-administrativa de los actos administrativos que rechazaban el expediente de regulación de empleo y de modificación de condiciones de trabajo, no puede ser suficiente para imputar a la Administración que rechazó dichos expedientes, la situación económica y patrimonial a la que se vio abocada la empresa poco después. Además, considera que no quedarían acreditados los perjuicios que se reclaman y más cuando la propia reclamante reconoce la situación de crisis por la que atravesaba la empresa.

El Tribunal Supremo, en un pronunciamiento con altas dosis de “pedagogía jurídica”, comienza recordando los fundamentos de nuestro sistema de responsabilidad, para centrarse a continuación en “la doctrina sobre responsabilidad de la Administración por anulación de actos administrativos”. Una vez más (y el lector nos agradecerá por ello la omisión del razonamiento estandarizado del Tribunal sobre el particular) se compatibiliza una negación expresa de la vigencia de la llamada “teoría del margen de tolerancia”, por entenderla contraria a la objetividad del sistema, con un sorprendente reconocimiento acto seguido de la posibilidad de disculpar ejercicios de potestades discrecionales o actuaciones con márgenes de apreciación considerables, cuando, pese a ser declarados ilegales, se sitúan dentro de lo razonable.

A partir de esta doctrina, que es bien conocida, en su literalidad y en sus contradicciones, por el lector de estas Crónicas, considera, en cuanto a la naturaleza de los expedientes de regulación de empleo, que se trata de un mecanismo de control causal atribuido a la Administración, sin perjuicio de la eventual revisión jurisdiccional, de naturaleza reglada encaminado a evidenciar si realmente concurre o no alguna causa legal a la que se supedita la procedencia del despido colectivo, y que la anulación de los acuerdos de la Administración laboral en este supuesto se debe, no a una diferente interpretación de una norma jurídica en un asunto complejo, sino a la simple constatación de datos objetivos, por lo que nos encontramos ante uno de los supuestos en que procede declarar la responsabilidad patrimonial por anulación de actos administrativos siempre que concurren los restantes requisitos exigibles de realidad del daño y relación de causalidad. Y, al respecto, constata que el despido declarado improcedente de todos los trabajadores y la opción de no readmisión de los mismos, fue la causa directa y eficaz del cierre de la empresa, que con su decisión voluntaria de despedir a los trabajadores y no mantener sus contratos de trabajo determinaba necesaria e inexorablemente que ésta no pudiera continuar con su actividad, sin que tampoco en ningún momento la recurrente hubiera acreditado cuáles hubieran sido los daños que se le habrían producido, si no hubiera despedido a los trabajadores, esperando se dictaran las Sentencias que anularon la negativa al expediente regulador. Ahora bien, también constata que como consecuencia de las resoluciones de la Autoridad laboral, posteriormente anuladas se derivaron para la recurrente directa y eficazmente unos evidentes perjuicios, al impedirle la autoridad laboral la reducción de unos costes en relación a los salarios y retribuciones de los trabajadores, a los que hubiera tenido. Por ello, anula la sentencia de instancia, al entender que concurren los requisitos

## IX. Responsabilidad Administrativa

reguladores de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ahora bien, considera a la vez que no se puede atender a la pretensión de indemnización de la totalidad de los perjuicios que entiende derivados del cierre de la empresa, cuando dicho cierre tuvo su causa fundamental en el despido improcedente de los trabajadores al que la empresa acudió. Se difiere, así, la determinación de la cantidad a lo que se fije en ejecución de sentencia,

“(…) que consistirá en la minoración de costes que se determine que hubiera resultado para la recurrente, si se le hubiera permitido por la autoridad laboral, reducir aquéllos, como consecuencia de las modificaciones de los contratos de trabajo a que tenía derecho, o lo que es igual a que se le indemnice por la diferencia entre los salarios y demás retribuciones pagadas, y los inferiores que hubiera debido pagar, si se hubieran aplicado las reducciones y modificaciones permitidas por las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, ello desde el momento en que le fueron denegadas sus pretensiones en las Resoluciones de 8 de julio de 1993 y 15 de enero de 1994, hasta las fechas de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 31 de marzo y 20 de febrero de 1997”.

Como puede comprobarse, en este caso, la apelación inicial a la “teoría del margen de tolerancia” (para negarla y para admitirla, a un tiempo) no deja de ser una afirmación de principio, pues se considera que la autorización de expedientes de regulación de empleo es reglada y no implica la existencia de un margen de apreciación (lo que es, por cierto, cuestionable), pero ya sabe el seguidor de estas Crónicas que en otros casos se constituye en la *ratio decidendi* para denegar una indemnización.

Por lo demás, compruébese la dificultad, por no decir el componente especulativo, que tiene en ocasiones, inevitablemente, la cuantificación de la indemnización debida, en especial en los casos de afectación a actividades económicas.

### D) Responsabilidad derivada de reglamentos ilegales: *dies a quo*

La STS de 24 de mayo de 2005, Ar. 4989, resuelve un recurso de casación para unificación de doctrina sobre responsabilidad derivada de un supuesto de cesión obligatoria en materia urbanística. La reclamante hizo en su día el ingreso en las arcas municipales y posteriormente, una sentencia judicial anuló determinados preceptos del PGOU, que establecían la carga reparcelatoria.

Lo que interesa de este pronunciamiento, como doctrina general, es que distingue, dentro de la responsabilidad derivada de actos administrativos, los actos que son aplicación de una ley posteriormente declarada inconstitucional, y lo que lo son de una norma reglamentaria posteriormente declarada ilegal. El reclamante apelaba a la doctrina sentada en el primero de los supuestos, para hacer valer su derecho a indemnización derivado de la declaración de nulidad de las normas reglamentarias de planeamiento. En estos casos, el Tribunal Supremo ha estimado que no puede exigirse al particular que impugne el acto de aplicación de una ley cuya constitucionalidad se presume y no puede ser impugnada directamente por los particulares, de tal modo que el plazo para reclamar se abre con la

publicación de la sentencia de inconstitucionalidad, con independencia de que se impugnaran o no en su día los actos de aplicación. Ahora bien:

“(…) son situaciones bien distintas y esa doctrina que se aplica para las consecuencias que derivan de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley no es aplicable a supuestos como los planteados cuando de la nulidad de disposiciones generales se trata en las que la firmeza de los actos dictados en aplicación de aquéllas hacen estéril la acción de reclamación patrimonial ejercitada al no existir un perjuicio antijurídico que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

Es decir, cuando se trata de la aplicación de reglamentos ilegales, y dado que en estos casos el particular sí puede interponer un recurso, directo o indirecto, contra los mismos, el plazo comienza a computar desde el día en que se produjo el daño.

### **E) Responsabilidad derivada de alteración delictiva de planimetría urbanística: *dies a quo***

La STS de 13 de mayo de 2005, Ar. 4901, tiene como base fáctica la adquisición por un particular de un solar como edificable, por un error en la calificación de la zona según el PGOU, ya que resultó ser suelo público. Se plantea cuál es el *dies a quo* para reclamar indemnización. El solar, al ser adquirido constaba grafiado en el Plano del Plan General de Ordenación Urbana de Valencia, identificándose como “edificable de uso residencial”. Dicha identificación fue fruto de una alteración dolosa, por cuanto durante toda la tramitación del PGOU dicho solar estaba destinado a servicios públicos, pese a lo cual y como consecuencia de esa alteración dolosa, que hizo desaparecer del Plano toda señal indicativa de la calificación del solar como destinado a servicio público, y se aprobó provisionalmente el PGOU, con esa alteración que pasó inadvertida. Formulada denuncia por un concejal se descubrieron los hechos y mediante rectificación de error sufrido en la aprobación provisional se acordó restituir el solar a la condición de no edificable para usos privados y su destino de servicio público. Posteriormente, se dictó sentencia penal en la que se condenó a un asesor del concejal de Urbanismo como autor responsable de un delito de prevalimiento en el ejercicio de la función pública con ánimo de lucro. En el procedimiento penal había sido parte acusadora la empresa que en esta sentencia reclama indemnización.

La sentencia de instancia entendió que el plazo de un año para el ejercicio de la acción en reclamación de responsabilidad patrimonial debía iniciarse con anterioridad a la fecha de la sentencia penal, pues la recurrente conocía con anterioridad la denegación de la licencia para edificar. Para la recurrente no se solicitó, ni denegó licencia de edificación, según se desprendería de la ausencia de actuación administrativa en tal sentido, prueba que hubiera incumbido a la Administración, no pudiendo tener trascendencia a estos efectos, la afirmación contenida en los hechos probados de la Sentencia penal, que únicamente tendrían relevancia a efectos de un pronunciamiento en dicha vía, sin poder en ningún caso desplegarlos en el ámbito administrativo. Para la actora la mera declaración

## IX. Responsabilidad Administrativa

en la Sentencia penal, carecería de relevancia en vía administrativa y consiguientemente el derecho del titular del solar y el régimen de ésta con independencia de que se hubiera concedido o denegado la licencia, vendría regulado por las disposiciones contenidas en el PGOU, que no se modificó hasta el 3 de mayo de 1993, fecha que debería reputarse como inicio del cómputo de plazo de prescripción.

El Tribunal Supremo establece que:

“(…) la recurrente en cuanto parte en el proceso penal, tiene conocimiento de la Sentencia de 15 de noviembre de 1990 y cuando menos desde dicha fecha, sin necesidad de que la Administración tenga que denegarle la licencia de edificación, es plenamente conocedora de que ésta no se le podrá conceder nunca y que ha resultado perjudicada como consecuencia de los hechos que la Audiencia Provincial tiene por probados en su Sentencia, que le es debidamente notificada en cuanto parte procesal. Siendo ello así, es evidente que presentada la acción en reclamación de responsabilidad patrimonial el 29 de abril de 1994, ésta debe considerarse necesariamente prescrita, pues la corrección de errores a que alude la recurrente ninguna incidencia tiene a los efectos que nos ocupan, pues ella era perfectamente conocedora del daño que se le había causado y de su ilegitimidad, cuando se pronuncia el Tribunal Penal, teniendo por probada la alteración habida en relación al solar por ella adquirido”.

La solución se nos antoja discutible, con argumentos a favor y en contra. En todo caso, se aleja de la línea más general, *pro actione*, que caracteriza la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad. Tal vez influya que no se trata de daños físicos o morales, frente a los que la jurisprudencia se muestra por lo común más “flexible”, sino patrimoniales, y de cuantía muy elevada.

EMILIO GUICHOT REINA  
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE  
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO



**X. FUNCIÓN PÚBLICA****Sumario:**

**1. Instrumentos de gestión de recursos humanos. Las relaciones de puestos de trabajo deben incluir las características esenciales de los puestos de trabajo. 2. Acceso al empleo público.** A) Oscuridad en la redacción de las bases y principios de buena fe y confianza legítima. B) Es conforme a Derecho que en un procedimiento extraordinario de consolidación y provisión de plazas de personal estatutario no se valoren los servicios prestados en un centro hospitalario concertado. **3. Carrera administrativa. No es necesario consolidar el grado personal correspondiente al nivel mínimo del Grupo al que pertenece el funcionario. 4. Provisión de puestos de trabajo.** A) Carácter excepcional de la libre designación como sistema de provisión de puestos de trabajo. B) La incoación de un expediente disciplinario no justifica una revocación automática de la comisión de servicios voluntaria del funcionario. **5. Derechos colectivos.** A) Negociación colectiva. a) Es contraria a la ley la existencia de marcos de negociación comunes a varias entidades locales. b) La Administración está obligada a negociar, pero puede establecer la regulación cuando no se llegue a un consenso en la negociación. B) Derecho de reunión: su ejercicio no está condicionado a que se aborden cuestiones relacionadas con las condiciones de trabajo de los funcionarios del centro. C) Derecho a la libertad sindical. a) La decisión de no prorrogar la comisión de servicios de un liberado sindical puede suponer una vulneración de este derecho fundamental. b) La garantía de indemnidad de los representantes sindicales y la provisión de puestos de trabajo: un caso límite. c) Quien alega violación de la garantía de indemnidad debe acreditar indicios razonables de tal infracción. **6. Derechos laborales. Vacaciones. Los funcionarios de Correos y Telégrafos no tienen derecho al disfrute de días adicionales de vacaciones en función de su antigüedad. 7. Derechos económicos.** A) Devengo de las retribuciones de los funcionarios en prácticas. B) Complemento de productividad. a) Resulta incompatible con cualquier intento de generalización. b) El funcionario no tiene derecho a percibirlo durante el período en que está de baja por enfermedad común. C) Es válido

el establecimiento de un plus retributivo por una Comunidad Autónoma, siempre que éste se acomode a la estructura unitaria del régimen retributivo funcional. **8. Incompatibilidades. El puesto de profesor asociado de universidad es compatible con el ejercicio de la abogacía contra la propia universidad. 9. Régimen disciplinario. La condena penal no permite imponer sanciones disciplinarias sin cumplir los trámites esenciales del procedimiento administrativo sancionador. 10. Extinción de la relación funcional. La pérdida de la condición de militar de carrera como consecuencia de condena penal no tiene carácter sancionador ni exige un procedimiento específico con trámite de audiencia.**

### **1. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS. LAS RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO DEBEN INCLUIR LAS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LOS PUESTOS DE TRABAJO**

La SAN de 7 de octubre de 2005, Ar. 262006, afirma que las RPTs deben incluir las características esenciales de los puestos de trabajo, es decir, el núcleo definitorio del puesto de trabajo y que son precisamente las que justifican la exigencia de una determinada titulación académica y una formación específica, así como la asignación de un determinado complemento de destino. En el presente caso, el sistema empleado por la RPT consiste en definir el puesto de trabajo en función de estas últimas condiciones, invirtiendo el correcto proceso definitorio de los mismos, puesto que las características de las personas que lo van a ocupar no deben dotar de contenido al puesto de trabajo, sino que, al contrario, un puesto de trabajo debe ser ocupado por un funcionario que reúna una serie de requisitos. La Sala concluye que la RTP no incluye las características esenciales de cada puesto de trabajo, por lo que, en consecuencia, no es posible valorar, por ejemplo, si está justificada la provisión por el sistema de libre designación o la diferencia en la cuantía del complemento de destino. En consecuencia, se afirma la no conformidad a Derecho de la RTP.

### **2. ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO**

#### **A) Oscuridad en la redacción de las bases y principios de buena fe y confianza legítima**

La STSJ de Asturias de 29 de julio de 2005, Ar. 216202, afirma que el hecho de que el recurrente no hubiera acreditado los plazos de tiempo en que desempeñó los puestos de trabajo alegados como mérito en un concurso para la provisión de puestos de trabajo, cumpliendo con lo dispuesto en unas bases redactadas de forma oscura y poco clara y sistemática no puede justificar la falta de consideración de estos méritos en el concurso, pues lo contrario implica vulnerar los principios de buena fe y confianza legítima.

## X. Función Pública

### **B) Es conforme a Derecho que en un procedimiento extraordinario de consolidación y provisión de plazas de personal estatutario no se valoren los servicios prestados en un centro hospitalario concertado**

La SAN de 20 de julio de 2005, Ar. 263753, se pronuncia sobre la conformidad a Derecho de la no consideración de los servicios prestados por el recurrente en el Hospital de El Escorial, centro privado concertado, en un proceso de selección y provisión de plazas de facultativo especialista de área de Radiodiagnóstico, convocado por Orden de 4 de diciembre de 2001. La orden se apoyaba en la Ley 16/2001, de 21 de noviembre, que establece un proceso extraordinario de consolidación y provisión de plazas de personal estatutario en las Instituciones Sanitarias de los Servicios de Salud del Sistema Nacional de Salud dado el elevado contingente del personal sanitario con problemas de estabilidad. La orden, en cumplimiento de la ley, preveía la baremación y valoración de servicios prestados en las categorías de personal reguladas en el Estatuto Jurídico de Personal Médico, lo que planteaba el problema de su conformidad al principio de igualdad al excluir la valoración de servicios sanitarios prestados por personal sujeto a un régimen distinto. Sin embargo, la Audiencia reitera la doctrina ya sentada en la Sentencia de 18 de diciembre de 2002, conforme a la cual el diferente tratamiento previsto en la normativa no conculca la Constitución aplicado a este concreto proceso selectivo que pretende hacer frente a una situación singular. En consecuencia, no se considera contrario a Derecho la no valoración de los meses de servicios prestados por el recurrente en el Hospital de El Escorial, centro privado concertado.

### **3. CARRERA ADMINISTRATIVA. NO ES NECESARIO CONSOLIDAR EL GRADO PERSONAL CORRESPONDIENTE AL NIVEL MÍNIMO DEL GRUPO AL QUE PERTENECE EL FUNCIONARIO**

La STSJ de Canarias de 9 de septiembre de 2005, Ar. 243372, se pronuncia sobre si a todo funcionario debe reconocérsele como grado personal el correspondiente al nivel mínimo del intervalo de niveles que corresponde al Grupo en el que se clasifica su Cuerpo o Escala, o es necesario, como afirma, en el caso, la Administración, que el funcionario consolide como grado personal el nivel mínimo de dicho intervalo mediante el desempeño de un puesto al que corresponda dicho nivel durante dos años continuados. La Sala afirma que “una interpretación literal del artículo 21.1.d) Ley 30/1984 y del artículo 27.1 Ley 2/1987 nos llevaría a la conclusión de que sí es necesario consolidar el grado correspondiente a dicho nivel inferior del intervalo de niveles, pues según dichos preceptos el grado personal se adquiere por el desempeño de un puesto durante el período de tiempo que indica”. Sin embargo, considera más adecuada una interpretación conjunta y teleológica de las normas que le lleva a afirmar que no es necesario consolidar un grado personal que no da más derechos de los que ya tiene el funcionario desde que ingresa en un determinado Cuerpo o Escala, pues, por un lado, al funcionario no se le puede asignar un puesto de trabajo de un nivel que no esté comprendido en el intervalo de niveles correspondiente al Grupo en el que se clasifica el Cuerpo o Escala al que pertenece, por lo que desde este punto de vista la consolidación del grado correspondiente al nivel mínimo no aporta nada nuevo, y, por otro lado, el funcionario siempre obtiene al menos puestos del nivel mínimo del intervalo de niveles del Cuerpo o Escala al que pertenece y

tiene derecho a percibir, al menos, un complemento de destino acorde con ese nivel. La Sala valora, no obstante, la argumentación conforme a la cual la consolidación del grado correspondiente al nivel mínimo tendría relevancia a los efectos del reconocimiento de un mérito, pero finalmente rechaza esta tesis al considerar que ello supondría valorar dos veces la antigüedad en el Cuerpo, “ya que los funcionarios que hayan consolidado el grado personal correspondiente al nivel mínimo se les reconocería un mérito en relación con los que no lo hayan consolidado y, además, el tiempo de servicios prestados para consolidarlo se les valoraría como antigüedad, lo que no tiene sentido”. En consecuencia, concluye que el grado correspondiente al primer nivel no necesita consolidación, pues el funcionario “ya lo posee desde que ingresa en el Cuerpo o Escala”, siendo el punto de partida de su “carrera administrativa”.

#### **4. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO**

##### **A) Carácter excepcional de la libre designación como sistema de provisión de puestos de trabajo**

La STS de 13 de julio de 2005, Sala Tercera, Ar. 7077, anula el Decreto del Gobierno de Canarias 342/1997 sobre Relación de Puestos de Trabajo de la Consejería de Economía y Hacienda que configuraba todas las Jefaturas de Servicios como puestos de libre designación, por considerar que tal previsión no está justificada. Ni del procedimiento de elaboración ni de la memoria podía deducirse una motivación bastante y suficiente del carácter de especial responsabilidad de todos estos puestos que explicara la pertinencia del sistema de libre designación. En consecuencia, la Sala entiende que la disposición ha vulnerado el artículo 20.1.a) y b) de la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública, que contempla la libre designación como un sistema excepcional de provisión de puestos de trabajo.

##### **B) La incoación de un expediente disciplinario no justifica una revocación automática de la comisión de servicios voluntaria del funcionario**

La STSJ País Vasco, de 27 de julio de 2005, Ar. 2005/237359, afirma que no es conforme a Derecho la revocación de una comisión de servicios voluntaria por la apertura al funcionario de un expediente disciplinario en el que no ha recaído aún resolución firme. El expediente disciplinario se basaba en supuestas irregularidades en la prestación del servicio de protección y acompañamiento de personas amenazadas y, concretamente, en el cumplimiento de horarios y protocolos y, en consecuencia, estaba estrechamente relacionado con las funciones que desarrollaba el recurrente en su comisión de servicios. La Administración alegó que el hecho de que no se hubieran concluido los expedientes no debía impedir la revocación que no es una medida disciplinaria, en cuyo campo sí opera el principio de presunción de inocencia, sino una decisión discrecional de la Administración en la que el mismo no rige. La Sala afirma que la cuestión central radica, por tanto, en dilucidar si el hecho mismo de haberse incoado un expediente disciplinario es motivo razonable para revocar la comisión de servicio, cuando la causa de incoación

## X. Función Pública

guarda relación con el presunto incumplimiento de los funcionarios que las desempeñan. La Sala resuelve esta cuestión afirmando que “no podría obtenerse una respuesta general (...) desligada de la gravedad de los hechos que sustentan la incoación del expediente disciplinario, de la eventual respuesta disciplinaria, y de la adopción o no de medidas provisionales que se hubieran podido adoptar dentro del procedimiento disciplinario” y remite, por tanto, a un análisis casuístico. Pero en el presente caso, a la luz de los datos concurrentes y en concreto a la luz de la “alegación de la existencia de ‘problemas’ que no se acreditan, o la incoación misma del expediente disciplinario, con los datos que se aportan” no es posible llegar a la convicción de que existieran motivos suficientes que justificaran la revocación de la comisión de servicios.

### 5. DERECHOS COLECTIVOS

#### A) Negociación colectiva

##### a) Es contraria a la ley la existencia de marcos de negociación comunes a varias entidades locales

La STS de 13 de octubre de 2005, Ar. 7139, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por la Mancomunidad de Municipios del Área Metropolitana de Barcelona, toda vez que en la sentencia impugnada se había considerado no conforme a derecho el acto aprobatorio de la Asamblea de dicha Mancomunidad en el que, entre otros aspectos, se habían establecido unos criterios unitarios de negociación ajenos a los previstos en la normativa estatal y local, de ámbito supralocal y sin habilitación legal alguna. Las bases de dicho Acuerdo habían previsto la existencia de un único órgano negociador común para establecer las condiciones de trabajo del personal de todas las entidades afectadas por el mismo y se atribuían a la “Gerencia de Serveis Generals” las facultades de gestión y administración de los medios personales de aquéllas. Las alegaciones presentadas por la Mancomunidad se centran en dos aspectos. El primero de ellos se refiere a la aplicación del principio de autonomía local y a la propia potestad de autoorganización de la Administración que, a juicio de la parte recurrente, habilitaría para la creación de órganos comunes en materia de negociación colectiva. La Sala desestima esta alegación al considerar que dichos principios han de moverse siempre dentro de las competencias que tiene legalmente atribuidas la Administración. El segundo de los aspectos se centra en la posibilidad que contempla el artículo 38 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de instar el nombramiento de un mediador cuando no resulte posible llegar a un acuerdo en la negociación o surjan conflictos en el cumplimiento de los Pactos o Acuerdos. Este argumento, no obstante, también es rechazado por el Tribunal siguiendo la línea jurisprudencial sentada, entre otras, en sus Sentencias de 11 de julio de 2000 y 9 de enero de 2001, por considerar que “dicho precepto no es de aplicación al caso en el que lo que se ventila es la existencia de marcos de negociación comunes a varias entidades locales y en los que una de ellas asume una función de coordinación respecto a las demás, modificando el ámbito de negociación previsto en el artículo 31.1 que dispone que se constituirá una Mesa general de negociación en el ámbito de la Administración del Estado, así como en cada una de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales que será competente para

la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en el ámbito correspondiente”.

**b) La Administración está obligada a negociar, pero puede establecer la regulación cuando no se llegue a un consenso en la negociación**

La STSJ de Castilla y León de 11 de noviembre de 2005, Ar. 1117, ha vuelto de nuevo a insistir en la recuperación de las facultades de la Administración para establecer de forma unilateral la regulación de las condiciones de trabajo de sus funcionarios cuando no se llegue a un acuerdo durante la negociación. En este caso concreto, el sindicato impugna a través del proceso especial de protección de los derechos fundamentales una Orden de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León por la que se regulaba la cobertura de plazas de carácter temporal del personal estatutario. La Sentencia reproduce la doctrina dictada al efecto por el Tribunal Constitucional, entre otras muchas, en sus Sentencias 9/1988, de 25 de enero, 121/2001, de 4 de junio o en la número 80/2000, de 27 de marzo, acerca de la violación del derecho a la libertad sindical por falta de negociación colectiva con los sindicatos. Ahora bien, una vez precisado que el derecho a la negociación forma parte del derecho de libertad sindical, la Sala procede a analizar si en el supuesto de autos se produjo o no esa negociación y queda acreditado que la Administración convocó la mesa, presentó a sus integrantes un documento, a modo de propuesta o proyecto, para regular las contrataciones temporales, sometiéndolo al parecer de todos ellos y que incluso intervinieron en el debate trabado en la reunión de la Mesa manifestando abiertamente su parecer sobre el objeto de la negociación y, por tanto, con posibilidad efectiva de formular propuestas. A partir de ahí, dado que no se alcanzó ningún acuerdo sobre la propuesta realizada por la Administración, quedó claramente abierta la puerta al artículo 37 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, posibilidad empleada por la Administración en este caso para establecer los criterios que deberían regir las contrataciones temporales y aprobar la Orden impugnada.

**B) Derecho de reunión: su ejercicio no está condicionado a que se aborden cuestiones relacionadas con las condiciones de trabajo de los funcionarios del centro**

La STS de 26 de septiembre de 2005, Ar. 7004, ha desestimado el recurso de casación presentado por el Gobierno vasco contra la sentencia del TSJ del País Vasco que había estimado el derecho de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Euskadi a celebrar una asamblea con sus afiliados, en horario de trabajo, en centros de trabajo de las tres capitales, Bilbao, Vitoria y San Sebastián y con el objeto de preparar el próximo Congreso Federal de esa organización sindical. El sindicato había realizado la comunicación previa conforme a lo previsto en el punto 7.b) del Acuerdo Marco sobre derechos sindicales y ejercicio de la actividad sindical en la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Según dispone dicho precepto, las reuniones se autorizarán dentro del horario laboral de acuerdo con el órgano competente en materia de personal hasta un máximo de 36 horas anuales, de las cuales 12 se reservan para afiliados. El Director de Negociación

Colectiva del Gobierno Vasco había denegado la autorización para celebrar dichas reuniones alegando que el derecho de las organizaciones sindicales a celebrarlas en horario laboral y dentro de los centros de trabajo era sólo para abordar cuestiones relacionadas con las condiciones de trabajo en tales centros o en la empresa pero no para tratar las que eran ajenas a los mismos, como ocurría en este caso, ya que se trataba de preparar el Congreso Federal de Comisiones Obreras en Euskadi. Pues bien, el TS confirma la solución apuntada por la STSJ básicamente en atención a que el requisito exigido por la Administración para otorgar su autorización no está previsto ni en el Acuerdo Marco ni en la legislación vigente. Por el contrario, la previsión de un número de horas anuales para reuniones sindicales en los centros de trabajo y en el horario laboral sin condicionar su orden del día significa que en ellas pueden tratarse tanto los asuntos propios de la generalidad de los trabajadores como los relativos al propio sindicato.

### C) Derecho a la libertad sindical

#### a) La decisión de no prorrogar la comisión de servicios de un liberado sindical puede suponer una vulneración de este derecho fundamental

La STC 336/2005, de 20 de diciembre, ha otorgado el amparo solicitado por el funcionario recurrente al considerar que la decisión de la Administración de no prorrogar su comisión de servicios supone una vulneración del derecho a la libertad sindical del funcionario. El recurrente ocupaba la plaza de Jefe de área de prestaciones de la Oficina del INEM en La Laguna en comisión de servicios, de forma ininterrumpida desde el 1 de septiembre de 1994 hasta el 31 de agosto de 1999, momento en que la Administración decidió no prorrogar la citada comisión de servicios. Aunque desde el año 1994 era miembro de la sección sindical de UGT en el INEM y disfrutaba del correspondiente crédito horario sindical, fue en el mes de enero de 1999 cuando obtuvo la dispensa total del trabajo como liberado sindical. Por resolución de la Subdelegación de Gobierno en Santa Cruz de Tenerife, de 9 de agosto de 1999, la Administración acordó no prorrogar la comisión de servicios que hasta entonces venía desempeñando, considerando el recurrente que dicha decisión supone una vulneración de su derecho fundamental a la libertad sindical, en su dimensión de garantía de indemnidad. Se daba además la circunstancia de que de la documentación obrante en las actuaciones se desprende que la propia Administración había ofrecido al demandante la posibilidad de la prórroga si abandonaba la actividad sindical. El TC sigue la línea doctrinal plasmada en su Sentencia 92/2005, de 18 de abril, de la que dimos oportuna cuenta en el número anterior de esta revista, en cuya virtud, la libertad sindical “necesita de garantías frente a todo acto de injerencia impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad. En consecuencia, dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el artículo 28.1 CE se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa. Se trata de una *garantía de indemnidad* que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes en relación con el resto de los trabajadores. En definitiva, el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical”.

La Sentencia cuenta, no obstante, con un interesante Voto Particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio al considerar la necesidad en estos casos de compatibilizar el artículo 28 de la Constitución con su artículo 103, que proclama el principio de eficacia de la actuación de la Administración. Por ello, “designar para desarrollar una comisión de servicios a una persona que no va a desarrollarla, no sólo se aparta de las reglas de la lógica más elemental, sino que viene a frustrar la función que en la legalidad ordinaria cumple la comisión de servicios por virtud de las exigencias del principio constitucional de eficacia administrativa, que impone que ciertas tareas, urgentes e inaplazables, sean efectivamente realizadas para el logro de los fines de interés general que sirve la Administración”.

### **b) La garantía de indemnidad de los representantes sindicales y la provisión de puestos de trabajo: un caso límite**

Con la anterior Sentencia guarda también relación la **STC 241/2005, de 10 de octubre**, que otorga el amparo a un liberado sindical, en una decisión muy discutible. Según la Sentencia el Servicio Andaluz de Salud convocó un procedimiento de promoción interna para cubrir una plaza de celador en un hospital, de desempeño temporal por razones de urgencia, a desempeñar en la “situación especial en activo” y previa aceptación voluntaria (para personal estatutario). El recurrente tenía mayor puntuación que los demás candidatos, pero manifestó su decisión de continuar como liberado sindical, por lo que el SAS le negó la plaza, decisión confirmada por el Juzgado de lo Social de Granada y el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social). El Tribunal Constitucional aplica la misma solución que en su Sentencia 70/2000, recaída en un caso similar y entiende que se vulnera el derecho de libertad sindical cuando se oponen a su ejercicio impedimentos u obstáculos que no obedecen a razones atendibles de protección de derechos e intereses constitucionalmente protegidos y que los representantes sindicales tienen una *garantía de indemnidad*, esto es, el derecho a no sufrir menoscabo alguno en su situación profesional o económica por razón de su actividad sindical. Aunque el Tribunal recuerda que tampoco el derecho de libertad sindical es ilimitado y que, entre otros, tiene límites derivados de los principios de eficacia y jerarquía administrativas, otorga el amparo por entender que el SAS no justificó adecuadamente que la prestación de la plaza de celador convocada fuera indispensable para el funcionamiento del servicio, pese a su convocatoria urgente, y porque su decisión entraña un “efecto desalentador” del ejercicio de funciones sindicales.

Igualmente la Sentencia cuenta con un voto particular, del Magistrado García-Calvo y Montiel, que se alinea con el formulado por los Magistrados Cruz Villalón y García Manzano a la Sentencia 70/2000. Se razona en el voto que eran evidentes en el caso las necesidades de cobertura efectiva de la plaza convocada, dado su carácter urgente y temporal, por lo que es razonable que no se atribuyera a quien voluntariamente se negaba a desempeñarla. De no hacerlo así se crearía una clara disfunción administrativa, pues sería preciso proceder a buscar un nuevo empleado para ejercer las funciones correspondientes, mientras que no es razonable que quien se ha negado al desempeño perciba un complemento retributivo por un puesto que no ocupa.

## X. Función Pública

### c) Quien alega violación de la garantía de indemnidad debe acreditar indicios razonables de tal infracción

Una tercera Sentencia constitucional sobre parecidas cuestiones es la STC 3/2006, de 16 de enero. Ésta deniega el amparo solicitado por un trabajador laboral del Instituto Municipal de la Vivienda de Málaga. El recurrente, con categoría de administrativo venía desempeñando funciones propias de un profesional de grado medio. Por ello formuló reclamaciones judiciales de retribuciones acordes con las funciones que realizaba, que fueron estimadas parcialmente por Sentencia, la cual le reconoció el derecho a las diferencias retributivas mientras desempeñara funciones superiores a su categoría, pero le denegó el derecho a la consolidación del complemento retributivo correspondiente, entendiendo que la situación generada no era regular. No mucho después de esa Sentencia, el Instituto Municipal de la Vivienda, en el marco de una redistribución del trabajo le volvió a asignar funciones de administrativo, asignando las que antes realizaba a otra trabajadora con categoría de administrativo pero que tenía titulación de grado medio. El recurrente alegaba que el cambio de puesto de trabajo, con la consiguiente disminución de haberes, era una represalia por haber reclamado en la vía judicial y por haber participado en acciones y denuncias del comité de empresa, siendo así que es además miembro de un sindicato. El Tribunal Constitucional recuerda su doctrina según la cual, cuando se alega un atentado a la garantía de indemnidad del trabajador, a sus derechos sindicales y de tutela judicial efectiva, corresponde al autor de la medida demandado la carga de la prueba de que ésta no obedece a motivos atentatorios de los derechos fundamentales. Ahora bien, quien alega discriminación o vulneración de la libertad sindical debe “acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato”. Examinando las circunstancias, el Tribunal entiende que en el caso no existen tales indicios.

### 6. DERECHOS LABORALES. VACACIONES. LOS FUNCIONARIOS DE CORREOS Y TELÉGRAFOS NO TIENEN DERECHO AL DISFRUTE DE DÍAS ADICIONALES DE VACACIONES EN FUNCIÓN DE SU ANTIGÜEDAD

En la STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2005, Ar. 11907, se discutía la aplicación del nuevo régimen de vacaciones previsto en el artículo 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, con las modificaciones introducidas por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre. Se impugna la resolución de la Directora Territorial de dicha Sociedad en Madrid por la que se denegó al funcionario recurrente su petición de disfrutar de vacaciones por días hábiles, incrementados por años de servicios. Para llegar a dicha conclusión, la Sala, aun reconociendo la naturaleza funcional de estos empleados, aplica el “Acuerdo General para la mejora del servicio público postal y nueva regulación interna de los recursos humanos de Correos. Consolidación de empleo. Desarrollo Profesional y Programas de Mejora”, de 16 de diciembre de 2002, firmado con las organizaciones sindicales. En dicho Acuerdo se establece un régimen específico de vacaciones que incluye el “disfrute de un mes natural de vacaciones anuales retribuidas por cada año completo de servicio o en forma proporcional al tiempo de servicios efectivos y se disfrutaban dentro del año

natural”. La existencia de esta normativa específica y negociada lleva a la Sala a desestimar la petición del recurrente de disfrutar de sus vacaciones por días hábiles incrementada en razón de su antigüedad.

## **7. DERECHOS ECONÓMICOS**

### **A) Devengo de las retribuciones de los funcionarios en prácticas**

La STSJ de Baleares de 2 de septiembre de 2005, Ar. 216081, ha resuelto la impugnación presentada por dos funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que habían solicitado a la Administración el abono de las diferencias retributivas correspondientes al servicio prestado como funcionarios en prácticas entre el 16 y el 31 de enero de 2002, ya que desde el día 15 de dicho mes habían desempeñado servicios como funcionarios. La Sala desestima su pretensión por considerar que las retribuciones de los funcionarios en prácticas, cuando se realizan desempeñando un puesto de trabajo, no se devengan por días, sino por meses y porque, conforme a lo previsto en el artículo 16.2 de la Ley Orgánica 2/1986, en relación con el artículo 1 del RD 456/1986 y con el artículo 2.3 de la Resolución de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, de 2 de enero de 2002, en la retribución básica y complementaria devengada con carácter fijo y periódico por los aquí recurrentes se tenía que atender al primer día hábil del mes en cuestión.

### **B) Complemento de productividad**

#### **a) Resulta incompatible con cualquier intento de generalización**

La STSJ de Castilla y León de 19 de septiembre de 2005, Ar. 242928, ha desestimado la pretensión del funcionario de Correos recurrente y, en cuya virtud, pretendía la percepción de la retribución por incentivo prevista en el artículo 2.2.2 del Acuerdo Marco sobre la mejora de condiciones profesionales del personal de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos pues, según entiende la recurrente, todo el personal de la entidad es beneficiario de dicho complemento. Tras realizar un análisis de la naturaleza de dicho incentivo, la Sala considera que, pese a su denominación, se trata de un complemento de productividad regulado en el artículo 23.3.c) de la Ley 30/1984 y que, siendo así y acorde con su especial naturaleza de complemento subjetivo, “su percepción se encuentra vinculada al especial rendimiento o actividad del funcionario, lo que es incompatible con la generalización propugnada en la demanda”.

#### **b) El funcionario no tiene derecho a percibirlo durante el período en que está de baja por enfermedad común**

La STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de noviembre de 2005, Ar. 9754, ha desestimado la pretensión del funcionario recurrente de seguir percibiendo el complemento de

## X. Función Pública

productividad durante el período en que estuvo de baja y a partir del cuarto día de baja médica producida por enfermedad común. Para ello, el Tribunal parte de la especial naturaleza de este complemento, que retribuye el especial rendimiento, actividad y dedicación del funcionario, lo que no ocurre en los supuestos de inactividad por enfermedad. Aunque la Sala reconoce que en casos excepcionales de inactividad puede reconocerse este complemento, tal como ocurre con las vacaciones, permisos por asuntos propios o baja por enfermedad profesional, no procede en los supuestos de enfermedad común o durante determinados períodos docentes de formación o de promoción, toda vez que el complemento se determina en virtud de objetivos realmente conseguidos por el funcionario y no en base a su puesto de trabajo, por lo que obviamente no puede obtenerse en situaciones que, por su propia naturaleza, salvo que la norma legal o reglamentaria establezca supuestos especiales, expresamente reconocidos, no respondan a un motivo razonable. Por ello, no cabe extenderlo de modo analógico a casos de inactividad no especialmente contemplados.

### **C) Es válido el establecimiento de un plus retributivo por una Comunidad Autónoma siempre que éste se acomode a la estructura unitaria del régimen retributivo funcional**

La STC 253/2005, de 11 de octubre, ha declarado la constitucionalidad del Capítulo XIII del Título III del Acuerdo con las organizaciones sindicales sobre modernización en la prestación del servicio público de la Justicia y su repercusión en las condiciones de trabajo del personal al servicio de la Administración de Justicia, aprobado por Decreto del Gobierno Vasco el 31 de marzo de 1998. El plus controvertido abarca los siguientes conceptos: cumplimiento de las obligaciones horarias y de los mecanismos de control que se establezcan, utilización de las herramientas informáticas, colaboración en el trabajo de los compañeros del centro en ausencia de los mismos, cumplimiento del catálogo de medidas incluidas en la Carta de Servicios, seguimiento de las instrucciones o indicaciones que les dirijan los miembros de los equipos de mejora y cumplimiento de las medidas que se acuerden para la normalización del euskera. El TC enjuicia la constitucionalidad de dicho plus retributivo afirmando que no se acomoda al orden de competencias en esta materia la existencia de cualquier concepto que altere la estructura unitaria del régimen retributivo del Cuerpo de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia contenido en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pues bien, aunque un primer análisis literal de estos conceptos no se identifica con ninguno de los conceptos integrantes de la estructura retributiva regulada en la Ley Orgánica, un examen finalista de los mismos lleva al Tribunal a concluir que todas las finalidades retribuidas por el plus autonómico son reconducibles, o bien al complemento de productividad, o bien al complemento específico previsto en el artículo 516 de la LOPJ. A partir de ahí, concluye el Tribunal que “teniendo en cuenta esta intervención autonómica en la fijación individualizada de los complementos de productividad y específico, que prevé la LOPJ, y en la medida en que, como hemos visto, los fines que remunera el plus controvertido responden a los criterios que determinan la retribución propia de los complementos específico y de productividad, y sólo en tanto que dicho plus no mantenga su existencia autónoma como concepto retributivo respecto de los que integran el régimen regulado en la LOPJ, pues ello sería incompatible con la unidad que debe caracterizar a dicho sistema retributivo, hemos de

concluir que el apartado 4 del capítulo XIII se adecua al orden constitucional de competencias”.

### **8. INCOMPATIBILIDADES. EL PUESTO DE PROFESOR ASOCIADO DE LA UNIVERSIDAD ES COMPATIBLE CON EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA CONTRA LA PROPIA UNIVERSIDAD**

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 10 de junio de 2005, Ar. 231858, anula las condiciones que la Universidad de Burgos había impuesto para declarar la compatibilidad entre el desempeño de un puesto de profesor asociado y el ejercicio de la abogacía, que consistían en la no intervención en ningún proceso o procedimiento en que apareciera como parte la Universidad. La Sala considera injustificada esta limitación, pues la función para la que se contrata al recurrente es una función puramente docente y no de asesoramiento y defensa jurídica de la Universidad, “con lo cual difícilmente se puede entender comprometido el ejercicio de la función docente, por el ejercicio de la función de defensa y asesoramiento a terceros”. No hay, pues, ninguna compatibilidad que garantizar y las condiciones impuestas carecen de justificación.

### **9. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. LA CONDENA PENAL NO PERMITE IMPONER SANCIONES DISCIPLINARIAS SIN CUMPLIR LOS TRÁMITES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

La STS de 29 de septiembre de 2005, Sala Tercera, Ar. 6990, afirma que no es conforme a Derecho la imposición de una sanción disciplinaria de separación del servicio de un Guardia Civil adoptada con omisión de trámites esenciales como la formulación del pliego de cargos y su notificación concediendo plazo para la formulación de alegaciones escritas y la proposición de pruebas, así como el trámite de audiencia. La sentencia de primera instancia había considerado que la omisión de la audiencia fue subsanada por una diligencia de “comparecencia” convocada por el Ayuntamiento de Zaragoza, con posterioridad a la resolución del Alcalde elevando al Pleno la propuesta de resolución de separación del servicio. Y que en todo caso no se produjo indefensión porque el actor conocía perfectamente el motivo de la infracción administrativa que consistía en una condena penal por delito doloso [artículo 27.3.b) de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado]. Sin embargo, el TS afirma que la omisión de los trámites esenciales antes señalados implica la privación de un medio esencial de defensa, ya que se impide al supuesto infractor aducir cualquier factor que pudiera ser relevante, tal como la prescripción de la infracción, la caducidad del procedimiento o cualquier otro elemento de defensa contra la imposición de la sanción, así como cualquier circunstancia concurrente que pudiera llevar a modular la sanción de acuerdo con el principio de proporcionalidad. En consecuencia, concluye que se ha producido indefensión, casa la sentencia y ordena la retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior al trámite de pliego de cargos.

**10. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL. INHABILITACIÓN. LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE MILITAR DE CARRERA COMO CONSECUENCIA DE CONDENA PENAL NO TIENE CARÁCTER SANCIONADOR NI EXIGE UN PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO CON TRÁMITE DE AUDIENCIA**

La STS de 10 de octubre de 2005, Sala Tercera, Ar. 2005/7554, confirma la sentencia de primera instancia que consideró conforme a Derecho una resolución del Ministerio de Defensa por la que acordaba la pérdida de la condición de militar de carrera de un Guardia Civil por haber sido condenado en sentencia firme a inhabilitación absoluta por delito contra la salud pública y hurto, consistiendo los hechos en la sustracción de determinadas cantidades de cocaína y heroína que, junto a otros compañeros, debía recoger y custodiar hasta un lugar donde fuera objeto de destrucción. La Sala reitera la jurisprudencia conforme a la cual la pérdida de la condición funcional como consecuencia de la condena penal a inhabilitación no es una nueva sanción, sino la consecuencia del ejercicio de facultades administrativas en materia de personal que guardan plena coherencia con el requisito de aptitud para acceder a la función pública. La pena de inhabilitación opera como condición resolutoria de la relación funcional y es consecuencia automática de la condena, por lo que no exige ni un procedimiento específico con trámite de audiencia ni es aplicable el principio *non bis in idem*. El recurrente adujo también la eliminación de inhabilitación absoluta en el Código Penal de 1995 y su posible aplicación retroactiva en cuanto norma más favorable. La Sala afirma que ello debe sustanciarse en un ámbito distinto del proceso contencioso-administrativo, pero recuerda que, en cualquier caso, y tal y como señaló la STS de 5 de octubre de 2004, la condena penal es incompatible con la pertenencia a la Guardia Civil.

EVA DESDENTADO DAROCA  
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ  
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN



**XI. URBANISMO****Sumario:**

- 1. Planeamiento urbanístico.** A) Nulidad de las determinaciones de un PGOU establecidas por remisión a diversos informes. B) El aumento de espacios libres para compensar un aumento de edificabilidad en la modificación del PGOU ha de hacerse en suelo de dominio público destinado al uso público. **2. Ejecución del planeamiento.** A) Sistemas de actuación: cuotas de urbanización. **3. Protección de la legalidad urbanística: Nulidad de la licencia de obras y la consiguiente demolición de lo construido conforme a la misma.**

**1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO****A) Nulidad de las determinaciones de un PGOU establecidas por remisión a diversos informes**

La STS de 5 de octubre de 2005, Ar. 8457, confirma la nulidad de una condición impuesta por el Consejo de Gobierno de la Comunidad al aprobar la revisión del PGOU de Madrid, declarada por la STSJ de Madrid de 16 de abril de 2002. Según dicha condición “En todo lo que no se encuentre de forma concreta establecido en la presente propuesta quedan incorporadas cuantas determinaciones vinculantes y correcciones legales se encuentren señaladas en los informes de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional (...)” y cita hasta nueve direcciones generales y consejerías.

Varias fueron las razones que condujeron a la Sala de Instancia a anular la condición transcrita y que el TS hace suyas. En primer lugar, “la citada condición no contiene de forma directa y expresa el contenido decisonal propio de toda norma jurídica sino que, por el contrario, viene o tiende a determinar el mismo mediante la remisión a ciertos y determinados informes. Dicha remisión, sin embargo, no se efectúa respecto de la totalidad o a una parte determinada y concreta de los informes sino que, por el contrario, aquella remisión se efectúa, a su vez, condicionada al cumplimiento de dos premisas: la primera, que no se encuentre ‘de forma concreta establecido en la presente propuesta’ –la referencia a una ‘propuesta’ ya constituye de por sí una evidente irregularidad si tenemos en cuenta que estamos ante un acto de aprobación definitiva de un instrumento urbanístico,

no ante una propuesta—; y en segundo lugar, la incorporación se efectúa de ‘cuantas determinaciones vinculantes y correcciones legales se encuentren señaladas’ en los informes reseñados”. Y continúa razonando dicha Sala:

“Así las cosas, no cabe duda que para la concreción de las determinaciones concretas que deban entenderse incorporadas al instrumento urbanístico se precisa de una labor previa de interpretación, no exenta de dificultades, como después tendremos ocasión de señalar, por lo impreciso de los términos utilizados. Tal proceder, a juicio de este Tribunal, resulta ser manifiestamente contrario a las más elementales exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica, garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución, puesto que el contenido mismo de la norma queda a expensas de la labor, más o menos acertada, del intérprete o de aquel que lleve a cabo la labor de integración de la norma, no del órgano autor de la misma, único con competencia para fijar su contenido. Esto es, el encargo de determinar el contenido de la norma ya no será el órgano autor de la misma, sino todo aquel que se enfrente con tal tarea, y por ello mismo, tal proceder es susceptible de provocar los más diversos contenidos, dependiendo de los intereses que defienda quien lleve a cabo tal labor. Ello, como es obvio, crea una enorme inseguridad jurídica, y es susceptible, por ello mismo, de arbitrariedad en la aplicación de la norma.”

Una segunda razón es que el mecanismo invocado y utilizado para superar esa situación de inseguridad jurídica infringe de forma clara y manifiesta el procedimiento para la formación y aprobación de los planes urbanísticos. Según acuerdos posteriores del Ayuntamiento y la Comunidad, la determinación del contenido de la norma se habría efectuado mediante conversaciones mantenidas entre dichas instituciones.

Un tercer motivo, de ineficacia esta vez, sería que esa indeterminación infringe el principio de publicidad de las normas (artículos 9.3 CE y 70.2 LBRL).

### **B) El aumento de espacios libres para compensar un aumento de edificabilidad en la modificación del PGOU ha de hacerse en suelo de dominio público destinado al uso público**

La STS de 28 de octubre de 2005, Ar. 7418, se plantea si el sistema de espacios libres, exigidos por la legislación urbanística, requiere que sean de dominio público y uso público o basta con que, aun siendo privados, sean inedificables y se destinen al ocio colectivo y público.

La sentencia de instancia había aceptado esta segunda tesis, dando por válida una modificación puntual del PGOU de Santander motivada por la implantación de un importante centro comercial y que suponía un aumento de densidad de población en la zona, compensado con los espacios libres dispuestos sobre los garajes en planta de sótano, que serían de titularidad privada pero de uso público.

El Tribunal Supremo, a la luz de los artículos 3.2.f), 72.2.d) y 72.3.A).c) del TRLS de 1992 (aplicable en dicha Comunidad por expresa remisión de la Ley cántabra 1/1997,

## XI. Urbanismo

de 25 de abril) y, en especial, de los artículos 25.1.c) y 29.1.d) del Reglamento de Planeamiento, que aluden al sistema de espacios libres constituido por “parques urbanos públicos, áreas públicas destinadas al ocio cultural y recreativo” y por “espacios libres y zonas verdes destinados a parques y jardines públicos, así como zonas deportivas de recreo y expansión también públicas”, entiende lo contrario:

“La referencia en unos y otros preceptos al carácter público de los espacios libres conduce a una interpretación favorable al carácter demanial de los mismos. Esta interpretación se corrobora cuando el artículo 25.1.c) del Reglamento de Planeamiento, al incluir en el sistema general de espacios libres los parques urbanos públicos, añade que en estos parques públicos sólo se admitirán aquellos usos compatibles con su carácter, que no supongan restricción del uso público. Pero los preceptos que no dejan lugar a dudas sobre el carácter demanial de los espacios libres son los invocados por el recurrente en este segundo motivo de casación. Así, en los artículos 2.1, 2.2 y 2.3, 3, 10.2 y 11.1 del Anexo del Reglamento de Planeamiento, se atribuye al sistema de espacios libres la naturaleza de dominio y uso público.

Consideramos nosotros que este desarrollo reglamentario de los antes mencionados preceptos legales se corresponde con la finalidad pretendida por el ordenamiento de preservar o garantizar unos espacios libres para parques, jardines y ocio sin restricciones, mientras que si su titularidad pudiese ser privada y el uso público se generarían conflictos de difícil y compleja solución que vendrían, en definitiva, a restringir indebidamente el uso público de los mismos o a gravar el dominio privado de forma incompatible con la esencia del derecho de propiedad.”

En consecuencia, anula la sentencia recurrida y también la aprobación de la medicación puntual del PGOU, pues entiende, en definitiva, que el sistema de espacios libres y su incremento sólo puede hacerse en suelo de dominio público destinado también al uso público.

## 2. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

### A) Sistemas de actuación: cuotas de urbanización

Han sido ciertamente numerosas las sentencias del TS que resuelven un problema relacionado con la reclamación de cuotas de urbanización por una sociedad anónima urbanizadora, en concreto, la legitimación de dicha sociedad para cobrar las citadas cuotas. A este respecto, conviene destacar las SSTs de 23, 24, 27 y 30 de mayo de 2005, Ar. 6406, 6407, 6405, 6404, 6402 y 6403, y de 7 de junio del mismo año, Ar. 6421.

En todas estas sentencias se reproduce la argumentación utilizada por el TS, que consiste en la anulación del acto administrativo del que trae causa el pretendido requerimiento de pago, y por tanto, la carencia de apoyatura jurídica de dicho requerimiento.

El TS, sin entrar en los argumentos de fondo esgrimidos por la recurrente, entiende que el acto del que trae causa el ahora recurrido, en concreto, el prorrateo de las cuotas de urbanización, fue anulado anteriormente por sentencia judicial que recayó firme. “Esto quiere decir que, anulado el acto del que derivan los concretos requerimientos del pago de cuotas, éstas carecen de apoyatura jurídica y se concierten, por eso sólo, en desconformes a Derecho, ello con independencia de que sean o no acertados los argumentos que en aquella sentencia (...) fundaron la decisión anulatoria, puesto que siendo aquella decisión firme, no pueden ser ya discutidos” (STS de 23 de mayo de 2005, FJ 3º).

El TS continúa indicando que la desaparición del objeto del recurso ha sido aceptada como causa de terminación del proceso contencioso-administrativo, lo que lleva a la desestimación del recurso planteado, ya que cuando el acto administrativo singular carece de eficacia por razones sobrevenidas, se produce la desaparición real de la controversia jurídica planteada. Esta argumentación, como ya se indicó anteriormente, determina que el TS no entre a conocer de las razones de fondo alegadas por la recurrente y declare la desestimación de los numerosos recursos que han sido interpuestos con el mismo objeto.

### **3. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA: NULIDAD DE LA LICENCIA DE OBRAS Y LA CONSIGUIENTE DEMOLICIÓN DE LO CONSTRUIDO CONFORME A LA MISMA**

La STS de 22 de julio de 2005, Ar. 6616, desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Argentona frente a un Auto del Tribunal Supremo en el que se requería al mismo, en ejecución de sentencia, para que procediese a la demolición de las edificaciones construidas conforme a una licencia que había sido anteriormente anulada por el propio Tribunal Supremo (en Sentencia de 20 de diciembre de 2000).

El Consistorio municipal pretendía el mantenimiento de las construcciones a las que se referían las autorizaciones anuladas so pretexto de una posible legalización futura de las mismas.

El argumento del Alto Tribunal se resume en el Fundamento Jurídico 4º de la sentencia que analizamos, en atención al cual, y siguiendo una reiterada doctrina de esta misma Sala al respecto, se advierte de que “(...) tratándose de obras realizadas al amparo de una licencia que contraviene normas urbanísticas, la anulación de ésta comporta la obligación de demolición de aquéllas; de suerte que, ni la sentencia que acuerda ésta, aunque no hubiera sido pedida, es incongruente ni se rebasa el sentido del título ejecutivo cuando se ordena tal demolición en la fase de ejecución pese a que el título sólo contuviera explícitamente el pronunciamiento anulatorio de la licencia (...). Por tanto, anuladas las licencias deben, en principio, demolerse las obras realizadas a su amparo”.

## XI. Urbanismo

Y más adelante señala que:

“El Ayuntamiento sostiene que aquellas edificaciones levantadas al amparo de la licencias anuladas podrán ser legalizadas en parte: lo que hace con apoyo en un informe técnico, pero no sin trasladar un componente de incertidumbre acerca de lo que finalmente podrá ser legalizado. Ello no supone más que anunciar la posibilidad de un evento futuro; posibilidad que por sí sola, mientras no se produzca, no hace que la decisión de la Sala de instancia aquí recurrida deba ser tachada, ahora, de contradictoria o de no ajustada al título ejecutivo. Cuando el Ayuntamiento titular de la potestad urbanística, adopte, si lo adopta, el acuerdo de legalización, y cuando el Tribunal titular de la potestad de ejecución de la sentencia firme, compruebe que tal acuerdo no contradice el sentido del fallo que ejecuta, entonces, sólo entonces, podrá afirmarse que la orden de demolición ha de ceñirse a la parte no legalizada.”

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) Noción de dominio público. Las competencias sobre los bienes de dominio público corresponden con carácter general a su titular. B) Enajenación de bienes. Imposibilidad de introducir requisitos en los pliegos de la subasta para restringir la concurrencia. C) Utilización privativa de los bienes de dominio público. Procedencia de la indemnización en caso de declaración de caducidad de la concesión. **3. Aguas continentales.** A) Abastecimiento a poblaciones: anulación de Acuerdo municipal que aprueba los pliegos de condiciones de un concurso. B) Aguas privadas: inscripción en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal procedente. **4. Aguas marítimas.** A) Deslinde. a) La finalidad del deslinde es fijar los límites del demanio costero. b) Procedimiento de deslinde. a') El inicio del procedimiento de deslinde determina la suspensión del otorgamiento de concesiones y autorizaciones. b') Han de proseguirse los trámites procedimentales que señalan la Ley 30/1992 y la normativa de costas. c') Las modificaciones no sustanciales del deslinde definitivo no precisan nueva audiencia a los propietarios afectados. d') No cabe declarar caducado el deslinde de costas en aplicación del tenor originario de los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992. B) Utilización privativa del demanio costero: la realización de obras no amparadas por la concesión cuya legalización no puede probarse determina la caducidad del título. C) Puertos: utilización privativa del demanio portuario. a) Es anulable el procedimiento de otorgamiento de una concesión de uso privativo aquejado de vicios probados de tal índole. b) No cabe variación de la cuantía del canon concesional si no se altera el equilibrio económico-financiero del uso. D) Pesca marítima: el carácter modal de las subvenciones impone su devolución en caso de incumplimiento por su beneficiario de la condición de inscripción en el Registro de Empresas Pesqueras en Países Terceros. **5. Minas: aprovechamiento de los recursos mineros. 6. Propiedades públicas.**

**Régimen económico-financiero.** A) Aguas continentales: Cuantía de tasas municipales por abastecimiento y saneamiento de agua: ¿discriminación a las familias numerosas? B) Aguas continentales: Tasa municipal por la prestación del servicio de aducción y distribución de agua procedente de pozos: titularidad por la Administración exactora de las instalaciones. C) Aguas marítimas: Puertos: más resoluciones. D) Otro dominio público: Dominio público radioeléctrico: constitucionalidad de la tasa estatal. E) Otro dominio público: Tasas por la utilización del dominio público local: varias cuestiones. F) Otro dominio público: Tasas por la utilización del dominio público local: cuantificación al 1,5% para ciertas empresas suministradoras de servicios. G) Fiscalidad por la titularidad de los bienes de titularidad pública: Impuesto sobre Bienes Inmuebles y autopistas de peaje. H) Fiscalidad por la titularidad de los bienes de titularidad pública: Impuesto sobre Bienes Inmuebles y Universidades.

## 1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la Sentencia 4265 a la 5750 de 2005 (cuadernillos 18 a 23) y la Constitucional desde la Sentencia 240/2005, de 10 de octubre, hasta la 342/2005, de 21 de diciembre.

## 2. BIENES LOCALES

### A) Noción de dominio público. Las competencias sobre los bienes de dominio público corresponden con carácter general a su titular

En la STS de 25 de mayo de 2005, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5764, se plantea si el Ayuntamiento tiene competencias sobre los caminos pertenecientes al Ministerio de Defensa. En relación con este punto en la Sentencia citada se afirma que la condición de vía pública municipal está subordinada a la inclusión en el patrimonio que pertenezca a la Entidad local de que se trate, con lo que mal puede revestir este carácter el camino o vía cuya titularidad corresponde al Estado; y, desde luego, las potestades que para regular el tráfico se atribuyen a la competencia de los Ayuntamientos están circunscritas a las vías de carácter urbano. Contra dicha afirmación no puede alegarse la circunstancia del mayor o menor uso que haga el Ministerio de Defensa del camino antecitado e, incluso, la admisión de que hubiese sido asfaltado por el Ayuntamiento, puesto que no se puede desvirtuar la auténtica titularidad del mismo.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

### **B) Enajenación de bienes. Imposibilidad de introducir requisitos en los pliegos de la subasta para restringir la concurrencia**

En la STS de 5 de marzo de 2005, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 4478, se rechaza la posibilidad de introducir requisitos en los pliegos de condiciones de las subastas que restrinjan el número de personas que pueden concurrir a las mismas. En concreto, en la Sentencia citada se afirma que la finalidad de una subasta, cuando se utiliza como forma de enajenación de un bien público, es ampliar al máximo el abanico de ofertas posibles, para de esta manera acentuar la concurrencia competitiva y estimular en los participantes su esfuerzo o interés por presentar las ofertas más ventajosas para la Administración convocante. De esta forma, en el caso enjuiciado se considera correcta la apreciación de la Sentencia recurrida de que esa libre concurrencia que es inherente a la subasta no fue respetada, porque al exigir haber obtenido la autorización estatal para la apertura de ese tipo de industria, la posibilidad de participar en la subasta quedaba en la práctica limitada a una sola sociedad. Por otra parte, dicho requisito tampoco es un instrumento adecuado para asegurar el cumplimiento del contrato, por existir otros mecanismos jurídicos con los que se puede lograr esa garantía; y cuando viene a declarar que para la actividad de fomento que el Ayuntamiento decía perseguir ese requisito no era la única opción.

Las afirmaciones realizadas por el Tribunal en relación con la autorización se realizan partiendo de que la autorización concreta exigida en el pliego de condiciones de la subasta únicamente exteriorizaba una actividad de policía y sobre los términos objetivos del proyecto para el que se refería la solicitud, pero no predeterminaba, para quien la obtuviera, la necesaria o preferente adquisición de los concretos terrenos que habían sido señalados para la ubicación de la fábrica.

### **C) Utilización privativa de los bienes de dominio público. Procedencia de la indemnización en caso de declaración de caducidad de la concesión**

En la STS de 17 de mayo de 2005, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6373, se plantea la procedencia de indemnización por la declaración de caducidad de una concesión por aprovechamiento privativo de un bien de dominio público. En el caso debatido se rechaza, dadas las circunstancias concurrentes. En concreto, no se admite la indemnización dado que el Ayuntamiento declaró la caducidad de la concesión porque se había cumplido el plazo que para la misma se había establecido y porque se estaba disfrutando por un tercero sin haber obtenido la autorización de parte del Ayuntamiento que era obligada, esto es, sin título, y cuando ello es así no cabe la aplicación de las normas ni de la jurisprudencia que cita, ni menos apreciar infracción alguna, pues el Ayuntamiento tenía plenas potestades para declarar la caducidad de la concesión una vez que había pasado el plazo para que estaba concedida, y además podía también valorar, como hizo, el que el uso de la concesión se había cedido sin contar con la autorización pertinente y exigida.

### 3. AGUAS CONTINENTALES

#### A) Abastecimiento a poblaciones: anulación de Acuerdo municipal que aprueba los pliegos de condiciones de un concurso

En la STS de 5 de julio de 2005, Ar. 5205, se confirma la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana que había anulado un Acuerdo del Ayuntamiento de Carcaixent de 1998 que aprobaba los pliegos de condiciones del concurso para la adjudicación del servicio de abastecimiento de aguas potables y mantenimiento de la red de alcantarillado del municipio. El artículo 30 del clausulado debatido otorgaba 20 puntos a los posibles adjudicatarios por la experiencia en el suministro de agua a municipios de la región valenciana. Tanto para el TSJ, como posteriormente para el TS, dicho criterio va en contra de los artículos 11 y 87 de la LCAP de 1995 (aplicables en aquel momento), pues el primero señala que los contratos administrativos se ajustarán al principio de igualdad y no discriminación, y en el segundo precepto no se alude entre los criterios de adjudicación enumerados a ningún requisito geográfico. Es más, siguiendo jurisprudencia del TJCE representa un obstáculo a la libre concurrencia el principio de favorecimiento a empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional, si no existe ninguna singularidad (regional o poblacional) que haga necesario recurrir al criterio de la experiencia en un determinado ámbito geográfico, éste no puede admitirse como válido.

#### B) Aguas privadas: inscripción en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal procedente

Como en Sentencias anteriores [v. gr., STS de 12 de noviembre de 2004 –crónica XII.2.B) del núm. 29 de esta Revista–], la STS de 1 de marzo de 2005, Ar. 5672, vuelve a insistir en que si bien de la legislación procesal resulta que no cabe someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia en casación, ello no impide que puedan ser objeto de anulación Sentencias en las que se aceptaron dictámenes periciales y documentos o informes erróneos (FJ 6º). Así, en este supuesto la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha recurrida aceptó como válida la Resolución denegatoria de la inscripción del aprovechamiento de un pozo solicitada en 1988 por un particular, que se había basado en un informe de la CH del Guadiana incongruente, pues, por un lado, reconocía la no afección a otros aprovechamientos del pozo, pero por otro, realizaba una propuesta negativa para la inscripción del mismo en el Registro de Aguas.

Visto el expediente, y partiendo de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera de la Lag. de 1985 (que permitía a quienes fuesen titulares de algún derecho sobre aguas privadas procedentes de pozos conforme a la legislación que se derogaba –Lag. de 1879–, inscribir éstos como aprovechamientos temporales de aguas privadas por 50 años, previendo que al término de ese plazo se contaría con un derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión), eran precisos varios requisitos para materializar esa opción e inscribir el derecho de aprovechamiento: 1) que la solicitud se realizase dentro de los 3 años desde la entrada en vigor de la Lag. de 1985 (condición que se cumple, pues la instancia se presenta en 1988); 2) que se acreditase tanto su derecho a la utilización

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

del recurso como la no afección a otros aprovechamientos preexistentes (características que también concurren, y que resultan acreditadas por la presentación en el expediente de diversos documentos, como el certificado de la Cámara Agraria Local de Manzanares certificando que existía un pozo que estaba en explotación para el riego de productos agrícolas en una extensión de unas 50 hectáreas desde el 1 de enero de 1986, entre otros. De este modo, la parte recurrente debe poder inscribir su derecho de aprovechamiento en el Registro de Aguas.

### 4. AGUAS MARÍTIMAS

#### A) Deslinde

##### a) La finalidad del deslinde es fijar los límites del demanio costero

Nuevamente ha insistido el TS en la finalidad que persigue el ejercicio de la potestad de deslinde, y que no es otra que la fijación de los límites del dominio público marítimo-terrestre y la consiguiente inclusión en el mismo de todos aquellos elementos que, tras su análisis, evidencien que presentan dicha naturaleza, de acuerdo con las condiciones normativamente exigidas.

Así, la **STS de 12 de noviembre de 2004**, FFJJ 3º y 5º, Ar. 5660 de 2005, detecta la existencia de características propias de las marismas en unos terrenos naturalmente inundables por acción del mar, ratificando el deslinde que los incluía en el demanio costero frente a la pretensión en contra de la recurrente. Por su parte, las **SSTS de 22 y 31 de marzo y 20 de julio de 2005**, FFJJ 2º, 3º y 6º, Ar. 5671, FFJJ 8º, 5686 y 5483, respectivamente, señalan la naturaleza dunar de terrenos que, pese a haber sido urbanizados, no dejan de detentar aquélla, confirmando así la procedencia de los deslindes en este sentido. Textualmente, el Tribunal afirma en todas ellas que:

“la circunstancia de que un suelo haya sido incorporado a un proceso urbanizador no desnaturaliza su condición geomorfológica, estando contemplada en las Disposiciones Transitorias de la propia Ley de Costas la compatibilidad del dominio público marítimo-terrestre con la clasificación como urbano del suelo por haber sido urbanizado en ejecución del planeamiento, de manera que la urbanización de un terreno no constituye un hecho excluyente de la definición legal contenida en la Ley de Costas y en su Reglamento”.

#### b) Procedimiento de deslinde

##### a’) El inicio del procedimiento de deslinde determina la suspensión del otorgamiento de concesiones y autorizaciones

Como recuerda la **STS de 14 de marzo de 2005**, Ar. 4973, no existe daño antijurídico y, por ende, no procede indemnización como consecuencia de la paralización y demolición de unas obras sin título realizadas en zona de dominio público marítimo-terrestre. Aunque las mismas viniesen amparadas por una licencia municipal de obras. La razón

estriba en la aplicación del artículo 12.5 de la Ley de Costas, que impide el otorgamiento de autorizaciones o concesiones en el demanio y en su zona de protección desde el mismo momento en que se dicta providencia de incoación del expediente de deslinde, lo que ocurría en el supuesto enjuiciado. El indudable requerimiento concesional que presenta la realización de obras sobre el demanio y la simultánea imposibilidad de obtenerla en el momento procedimental descrito determinan la citada conclusión del Tribunal.

**b') Han de proseguirse los trámites procedimentales que señalan la Ley 30/1992 y la normativa de costas**

Al desarrollarse como un procedimiento administrativo, el deslinde del demanio costero ha de adecuarse en su realización a las determinaciones contenidas en la legislación sobre procedimiento común y a los señalamientos particulares que, en su relación, establece la Ley de Costas.

Por ello, en este orden de cosas, la omisión de cualquier participación en el mismo de los interesados ha de considerarse, como indica la **STS de 27 de abril de 2005**, Ar. 4979, no como un mero defecto formal sino como una falta total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, haciendo incurrir a la Orden Ministerial que lo aprueba en un vicio de nulidad de pleno derecho contemplado en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 y, por consiguiente, insubsanable. Esto determina la necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de deslinde que respete los trámites establecidos. Y es más: determina también que la orden de desalajo dictada contra los recurrentes resulte improcedente en tanto no se concluya aquél y se conozcan con seguridad los límites del dominio público marítimo-terrestre.

**c') Las modificaciones no sustanciales del deslinde definitivo no precisan nueva audiencia a los propietarios afectados**

Insistiendo en una línea jurisprudencial ya consolidada, los FFJJ 5º de las **SSTS de 22 de marzo, 19 y 20 de julio de 2005**, Ar. 5671, 5839 y 5483, vuelven a recordar la innecesariedad de abrir nuevo período de información pública cuando se introduzcan en el acto definitivo de aprobación del deslinde modificaciones no sustanciales respecto de la previa delimitación provisional, habida cuenta la formulación de sus observaciones en la fase de audiencia previa y, en consecuencia, la ausencia de indefensión.

**d') No cabe declarar caducado el deslinde de costas en aplicación del tenor originario de los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992**

Nuevamente en esta oportunidad hemos de hacernos eco de pronunciamientos jurisprudenciales que afirman la imposibilidad de declarar caducado el procedimiento de deslinde de costas en aplicación de los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992 en sus redacciones originales, hoy modificadas. En efecto, las **SSTS de 12 de noviembre de 2004, 19 y 20 de julio de 2005**, FJ 6º, Ar. 5660 de 2005, FFJJ 3º, 5839 y 5483, respectivamente –a cuyos supuestos enjuiciados resultaban de aplicación los preceptos referidos– recuerdan que el

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

plazo de tres meses fijado por éstos 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. Son éstas dos razones las que determinan 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: la realización de obras no amparadas por la concesión cuya legalización no puede probarse determina la caducidad del título**

La obtención de una concesión habilita a su beneficiario para usar privativamente el dominio público marítimo-terrestre en los términos y con las condiciones señaladas en la misma. Por eso, como recuerda la **STS de 16 de febrero de 2005**, FJ 6º, Ar. 4468, cualquier obra hecha al margen de tal título, y cuya legalización no puede demostrarse efectivamente —por la poca consistencia de las presunciones aportadas, que no permiten acreditar objetiva y lógicamente aquélla— supone su violación. Y determina la consiguiente iniciación del expediente de caducidad concesional, que en ningún momento tiene carácter sancionador —la Administración concedente no articula con esta acción su potestad sancionadora—, por lo que no le resultan de aplicación los principios propios de éste (FJ 9º).

### **C) Puertos: utilización privativa del demanio portuario**

#### **a) Es anulable el procedimiento de otorgamiento de una concesión de uso privativo aquejado de vicios probados de tal índole**

La utilización privativa del demanio portuario reclama, en buena lid, el otorgamiento de la pertinente concesión por parte de la Administración, tras la prosecución del correspondiente procedimiento. Procedimiento que se regirá, con evidencia, por las reglas generales del procedimiento administrativo común establecidas en la Ley 30/1992, así como por las determinaciones particulares fijadas al efecto por el ordenamiento sectorial específico y por la concreta convocatoria para su adjudicación.

En el supuesto analizado por la **STS de 4 de abril de 2005**, Ar. 4528, son varios los defectos procedimentales que detecta el Tribunal, y que van a determinar, a la postre, la declaración de anulabilidad de aquél ex artículo 63.2 de la Ley 30/1992, así como la consiguiente retroacción de las actuaciones a los momentos en que los mismos tuvieron lugar. Es el caso de la falta de acreditación de la personalidad del adjudicatario de la concesión y de la ausencia de consignación de la fianza provisional que exige el artículo 146.3 del Reglamento de Costas. Igualmente, lo es el de la omisión de las fases de información pública y audiencia a los interesados. Y finalmente, el del incumplimiento del deber de abstención exigido por el artículo 28 de la Ley 30/1992 a un miembro del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria otorgante del título en el que concurre, simul-

táneamente, la condición de administrador de la empresa adjudicataria. En buena lógica, la magnitud de los vicios justifica la decisión tomada.

**b) No cabe variación de la cuantía del canon concesional si no se altera el equilibrio económico-financiero del uso**

El disfrute de una concesión de uso privativo del demanio portuario comporta a su beneficiario, entre otras, la obligación de abonar un canon, como contrapartida económica por tal uso. Canon que, en lo que respecta a su cuantía, ha de mantener un equilibrio económico-financiero con el beneficio derivado del mismo.

En el supuesto al que da respuesta la STS de 2 de junio de 2005, Ar. 5891, el Tribunal desestima la pretensión del recurrente en orden a alterar sustancialmente la cuantía de los cánones de ocupación y explotación de espacios portuarios, en base a una presunta ruptura de aquel equilibrio, que derivaría de la importante variación a la baja del mercado arrendaticio sevillano tras la celebración de la Exposición Universal de 1992. A juicio del órgano judicial, y considerando que la pretensión excede el *ius variandi* habitual de los contratos, no concurren en este caso las causas de riesgo imprevisible que justificarían la misma, ni los requisitos que determinarían la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, debiendo entenderse el desarrollo del uso concesional dentro del principio de riesgo y ventura del contratista que debe asumir el concesionario. Más si, como queda demostrado, al concurrir al concurso de otorgamiento del título, ya había formulado los cálculos económicos empresariales de acuerdo con los precios máximos y mínimos de los arrendamientos, que en ningún caso se han rebasado a la baja en la realidad.

**D) Pesca marítima: el carácter modal de las subvenciones impone su devolución en caso de incumplimiento por su beneficiario de la condición de inscripción en el Registro de Empresas Pesqueras en Países Terceros**

En la línea de algunos pronunciamientos previos ya comentados en esta Revista, la STS de 22 de junio de 2005, Ar. 5324, insiste en el condicionante que supone para el otorgamiento de subvenciones a la actividad pesquera exterior la obligación de inscripción de sus solicitantes en el Registro Oficial de Empresas Pesqueras en Países Terceros, así como el mantenimiento actualizado de los datos. Y ello con el fin de que la Administración pesquera pueda realizar un seguimiento de las mismas, y velar para que las ayudas cumplan efectivamente los fines propuestos. Dado el carácter modal que tienen las subvenciones en nuestro ordenamiento, y que determina su revocación directa –sin procedimiento sancionador– en casos de desobediencia de sus condiciones, es conclusión necesaria que el incumplimiento de aquellas obligaciones registrales determina para su responsable la pérdida del *status* de empresa pesquera, así como el consiguiente deber de reintegro de la ayuda percibida.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

### 5. MINAS: APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS MINEROS

En este apartado, debemos mencionar la STS de 7 de abril de 2005, Ar. 3887, que casa la Sentencia del TSJ de Galicia de 12 de abril de 2002, que a su vez había desestimado el recurso contencioso interpuesto contra las Resoluciones de la Xunta de Galicia que denegaron la solicitud de caducidad de concesiones mineras.

La Sentencia de instancia había desestimado el recurso por considerar que existió abuso del Derecho (artículo 7 del Código Civil), pues el recurrente había impugnado anteriormente las Resoluciones administrativas que otorgaron estas concesiones, y ahora pretende la caducidad de éstas.

Pues bien, el Tribunal Supremo considera que el TSJ de Galicia ha aplicado de un modo incorrecto el mencionado artículo 7 del Código Civil, dado que sobre el concepto de posible “abuso del Derecho” debe prevalecer el derecho del ciudadano a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, de modo que la Sala debió entrar a conocer sobre el fondo del asunto.

En este caso sí que existe interés legítimo del recurrente, por lo que debió conocerse sobre el fondo del asunto, dado que los derechos concesionales se otorgaron sobre terrenos de su titularidad.

Tras casar la Sentencia de instancia (en el FJ 5º), el FJ 6º de la Sentencia analiza el fondo del asunto, actuando aquí el Tribunal Supremo como Sala de instancia.

Y, en relación con ello, el TS considera conformes a Derecho las Resoluciones de la Xunta de Galicia que desestimaron (por silencio administrativo) las solicitudes de caducidad de los derechos mineros de varias concesiones previamente otorgadas, pues no concurre el supuesto de caducidad del artículo 86.3 de la Ley de Minas de 1973, en relación con el artículo 71, dado que no quedó acreditada la inactividad de la explotación alegada por la parte actora (en concreto, se habían realizado trabajos de investigación y planes de labores por parte del concesionario).

De ahí que el TS estime que la Administración aplicó correctamente aquí el régimen jurídico de la caducidad, establecido en los artículos 83 a 88 de la Ley de Minas de 1973 y 109 a 114 de su Reglamento de 1978.

### 6. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO

#### A) Aguas continentales: Cuantía de tasas municipales por abastecimiento y saneamiento de agua: ¿discriminación a las familias numerosas?

Mediante la STSJ de Aragón de 23 de febrero de 2005, JT 1016, la Sala de lo Contencioso-Administrativo desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto en relación al cobro a las familias numerosas del agua al precio previsto en la Ordenanza Fiscal re-

guladora de la Tasa por la prestación de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento de aguas residuales y la complementaria solicitud de modificación de aspectos de la referida Ordenanza. Al entender de la parte actora, existía discriminación a las familias numerosas —y por ello se invocaba el artículo 14 de nuestra Constitución—, a la vista de unos criterios de cuantificación en los que se atendía al consumo por abonado y no al consumo *per capita* realizado en cada vivienda, sin tener en cuenta las personas que conviven en cada vivienda. El gravamen era proporcionalmente mayor cuanto mayor fuera el consumo.

Para los recurrentes, la reducción de tarifa general del 25% sobre la factura de suministro de agua para las familias numerosas que lo soliciten, en las condiciones de la Ordenanza, no conseguía neutralizar en absoluto los efectos discriminatorios denunciados, sino reducirlos parcialmente.

Se acude al procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales.

A juicio del TSJ en el procedimiento no se ofrece un término de comparación que permita poder apreciar una vulneración del artículo 14 de la Constitución. Porque la situación que invocan es igualmente aplicable a todos aquellos que en igual número al de los integrantes de sus respectivas unidades familiares convivan en una misma vivienda, puesto que el servicio lo contrata el abonado con independencia de las personas que hayan de convivir con él y la facturación se hace tal y como se expone a continuación. Por un lado, atendiendo al servicio prestado —cuota fija en función de la capacidad potencial de consumo—, parámetro no cuestionado en el recurso y, por otro, atendiendo al consumo de agua habido en la vivienda —cuota variable—, a cuyo efecto, sin distinción alguna y atendiendo a los tramos existentes en la tarifa, se factura el agua consumida por igual a todos y cada uno de los abonados. Cuantos más consumidores de agua haya en la vivienda, sean componentes o no de una familia numerosa, mayor será el importe que haya que abonarse por consumo por aplicación de los últimos tramos de la tarifa. Consiguientemente, el término comparativo lo sería en relación con el dato de mayor número de personas conviviendo y, por tanto, mayor consumo de agua, no por constituir una familia numerosa.

Por otra parte —señala el TSJ—, el sistema de tarifa atiende objetiva y razonablemente, en la consideración del agua potable como un recurso escaso, al mayor consumo de agua por abonado, por lo que no puede hablarse de discriminación a él atribuida. Y constata que, en la aplicación de la tarifa, se evidencia, según informes que constan en el expediente, que no existe relación directa entre mayor número de integrantes del grupo familiar, mayor consumo; el efecto compensador de la cuota fija de la tarifa; y que la progresividad de precios, aplicable a cualquier póliza, independientemente del tamaño del hogar o del uso a que se destine el suministro, parte de un consumo medio diario de las distintas tarifas. Por ello no puede considerarse vulnerado el derecho a la igualdad respecto a los recurrentes, pues, la discriminación denunciada sólo podría apreciarse si un análisis de la regulación de la fijación de la tarifa del servicio público de abastecimiento de agua llevara a la conclusión de que se establece un régimen más gravoso en su conjunto para

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

las familias numerosas que para los que no forman parte de una de ellas, en atención, precisamente, a ese carácter. Pero nada de esto —concluye la Sala— puede deducirse de la referida tarifa, que regula el abastecimiento de agua sin atender en absoluto al grupo familiar, únicamente al consumo, careciendo, en consecuencia, la cuestión examinada de dimensión constitucional, correspondiendo al ámbito de protección social, económica y jurídica de la familia que contempla el artículo 39 de la Constitución, que está al margen del objeto de tutela de los derechos fundamentales del proceso especial.

### **B) Aguas continentales: Tasa municipal por la prestación del servicio de aducción y distribución de agua procedente de pozos: titularidad por la Administración exactora de las instalaciones**

La STSJ de Madrid de 15 abril 2005, JT 1070, desestima el recurso directo contra la Ordenanza Fiscal reguladora de una tasa por la prestación del servicio de aducción y distribución de agua procedente de pozos. Considera la recurrente que las instalaciones correspondientes y precisas para la prestación del servicio eran y siguen siendo de su propiedad, a tenor del contenido del Plan Parcial promovido por la entidad mercantil propietaria de los terrenos y aprobado definitivamente, según el cual no serían objeto de cesión al Ayuntamiento ni a ninguna otra entidad pública las infraestructuras de suministro de agua construidas por el urbanizador. Afirma que era la demandante quien prestaba el servicio y establecía las tarifas, girándolas incluso al Ayuntamiento demandado como usuario de la red privada de agua por la existencia de un Colegio Público en el interior de la urbanización. La titularidad de tales infraestructuras —continúa— pasó a la demandante quien, además, es la titular de la concesión demanial sobre las aguas de los pozos por otorgamiento de la respectiva Confederación Hidrográfica. La Sala no atiende estas razones a la vista de la cesión por mandato legal de las infraestructuras del abastecimiento de agua al Ayuntamiento a partir de la recepción definitiva de las obras de urbanización, sin que a ello obste la existencia de un compromiso privado en el que se reconocía la titularidad de las mismas a otra entidad.

### **C) Aguas marítimas: Puertos: más resoluciones**

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 son estimatorias, en torno a la normativa no ajustada a las exigencias de la reserva de ley. Así SSTs de 20, 24 y 28 de junio de 2005 (respectivamente, RJA 5514, 5519 y 5534) o STSJ de Cataluña de 2 de junio de 2005, JT 866) en relación con la tarifa T-3. La STSJ del País Vasco, de 30 de junio de 2005, JT 1110, así como la TSJ de Cantabria, de 25 de mayo de 2005, JT 811, desestiman los recursos presentados contra liquidaciones por las mismas tarifas, teniendo en cuenta el efecto sanatorio de la Ley 14/2000 y negando al demandante la admisión de recursos contencioso-administrativos, dado que se trata de cuestiones del orden civil.

Por lo que se refiere a exacciones autonómicas, la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de junio de 2005**, JT 1120, desestima el recurso interpuesto contra liquidaciones de tasas regionales por tarifas portuarias G-5 (embarcaciones deportivas y de recreo), por considerar que las leyes autonómicas que las regulaban era respetuosas con el principio de reserva de ley.

#### **D) Otro dominio público: Dominio público radioeléctrico: constitucionalidad de la tasa estatal**

El Tribunal Constitucional inadmite, mediante el **Auto 222/2005, de 24 de mayo**, una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en relación con la tasa por dominio público radioeléctrico.

Se cuestiona la constitucionalidad de la fijación de la cuantía de la tasa efectuada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2001, con posible vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la Carta Magna) y del artículo 31.1 (principio de capacidad económica) en relación con el artículo 38 (libertad de empresa). El Tribunal Constitucional realiza una serie de consideraciones muy interesantes acerca de los principios que informan el sistema tributario y de sus limitaciones.

La Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, estableció en su artículo 73 la tasa cuya cuantía se discutía en función del “valor de mercado del uso de la frecuencia reservada y la rentabilidad que de él pudiera obtener el beneficiario”, siendo los parámetros utilizados para determinar el valor de mercado, entre otros, el grado de utilización y congestión de las bandas, el tipo de servicio para el que utilice la reserva, la banda o sub-banda del espectro que se reserve, los equipos y tecnología utilizados y el valor económico derivado del uso o aprovechamiento del dominio público reservado. Ese artículo fue objeto de nueva redacción por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la cual, fundamentalmente, eleva el rango normativo de la disposición que haya de dictarse para fijar o modificar la cuantía de la tasa, que pasa de ser una Orden ministerial a ser la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Así el artículo 66 de la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2001, cuantificó la tasa para ese ejercicio presupuestario.

Es de notar el extraordinario incremento implementado a la tasa por la norma discutida.

El artículo 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone que el Tribunal Constitucional podrá rechazar, en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando fuere notoriamente infundada. Esto es lo que se aprecia en el caso presente.

En relación con la colisión con el principio de interdicción de la arbitrariedad, recuerda el Tribunal Constitucional que la calificación de “arbitraria” dada a una Ley (a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución) exige una cierta prudencia. Así, al examinar un precepto

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

legal tachado de arbitrario, el análisis se centra en efectuar una doble verificación: en primer lugar, si la norma legal cuestionada establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad; y, en segundo lugar, si, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, pues en tal caso, también supondría una arbitrariedad. Basta, entonces, con que una determinada norma legal posea una finalidad legítima y racional, y que el medio adoptado no sea discriminatorio, para que quede ahí agotado el enjuiciamiento de su posible arbitrariedad. Dicho sea en otras palabras, si la norma analizada no se muestra como desprovista de fundamento, aunque pueda legítimamente discreparse de la concreta solución que adopta, entrar en un enjuiciamiento de cuál sería su medida justa supondría discutir una opción tomada por el legislador que, aun cuando pueda ser discutible, no tiene por qué resultar arbitraria o irracional. Y ni la media adoptada establece una discriminación arbitraria, ni carece de una finalidad razonable. Por una parte no establece una discriminación entre sujetos o categorías de sujetos, pues se aplica por igual a todos los operadores; por otra parte la nueva cuantía asignada al coeficiente cuestionado no carece de una finalidad razonable, pues como se razona en la Memoria justificativa de la tasa (del Ministerio de Ciencia y Tecnología) en la circunstancia de que “el espectro radioeléctrico constituye un recurso escaso” que no ha sido objeto de una “valoración real de su uso, constituyendo un anacronismo los precios simbólicos” que se venían aplicando y, con más motivo, en las “bandas de frecuencia reservadas al servicio de telefonía móvil, las cuales han experimentado una revalorización importantísima en Europa, puesta de manifiesto en los procesos de licitación recientes para la obtención de licencias UMTS, fundamentalmente en Reino Unido y en Alemania”. Más concretamente, según esa misma Memoria justificativa para valorar el parámetro que sirve para cuantificar el tributo se utilizan tres procedimientos, la media de los cuales determinará el valor definitivo: 1) el valor de mercado europeo; 2) el valor de mercado modificado por aplicación del tipo de interés y la inflación, y 3) la valoración de la rentabilidad esperada. En consecuencia existe una finalidad que se muestra como razonable (ajustar el coste de la tasa al valor real de mercado del uso de un bien escaso), lo que excluye también la posible arbitrariedad de la medida adoptada desde esta segunda perspectiva de nuestro análisis.

En lo que se refiere a que ese mismo incremento podría ser desproporcionado en atención a la finalidad de la tasa, pero esta vez desde la perspectiva del deber de contribuir a los gastos mediante un sistema tributario justo, debe tenerse en cuenta que las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público se gradúan en función de la utilidad derivada de dicha utilización en el mercado. En consecuencia, si la cuantía de la tasa es fruto de la concesión administrativa y tiende a compensar a la sociedad por el uso privativo que del dominio público hace una entidad privada con ánimo de lucro, desde el plano de la estricta constitucionalidad ningún reproche se le puede hacer, al haberse calculado de forma proporcional al beneficio potencial que previsiblemente podía reportar al titular de la concesión.

Y en relación a que aquella desproporción en la cuantía de la tasa pudiera incidir en la libertad de empresa, entendida ésta como el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial, dice el Tribunal Constitucional que es difícil extraer una conclusión favorable a la vulneración pretendida, porque nos encontramos ante una medida que no impide “iniciar y sostener una actividad empresarial”, ni tampoco impide “hacerlo en libre com-

petencia”, ni, en fin, genera “prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de esa libertad”. Es decir, se trata de una medida que no es excluyente del acceso al mercado ni obstaculizadora del ejercicio libre de la actividad. Además su posible incidencia en la uniformidad del mercado no puede calificarse de incompatible con la Constitución, pues deja a salvo la igualdad básica de todos los españoles. No cabe duda de que las medidas tributarias relacionadas con actividades económicas afectarán a su ejercicio, pero que incidan en la libertad de empresa no supone necesariamente que cualquier medida que tenga dicha incidencia sea lesiva de la citada libertad.

### **E) Otro dominio público: Tasas por la utilización del dominio público local: varias cuestiones**

Se comentan a continuación varias sentencias relativas a tasas por utilización del dominio público local.

Mediante **STSJ de Aragón de 7 de febrero de 2005**, JT 1017, el Tribunal estima parcialmente el recurso directo contra la Ordenanza relativa a la prestación por la utilización privativa o aprovechamiento especial de la vía pública con pasos, badenes y reservas de espacios en la calzada con prohibición de estacionamiento a terceros. En el momento de su imposición, todavía tenía la consideración de precio público. La anulación de la Ordenanza se produce por la falta de justificación en la memoria económico-financiera de una parte de la cuantificación de la prestación. La determinación de la utilidad obtenida se realizaba calculando el coste financiero que supondría la retribución del capital necesario para adquirir un terreno de similares características y análoga situación y del valor de la superficie mediante la aplicación del tipo de interés legal del dinero al valor de mercado del suelo en cada una de las categorías de la calles, lo que fue considerado precedente. Sin embargo, el TSJ no consideró justificada la aplicación de tarifas adicionales a determinados tipos de garaje, afectando en particular al recurrente la tarifa especial para grandes almacenes con aparcamientos en explotación.

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 14 de junio de 2005**, JT 1100, advierte de la improcedencia de esgrimir los defectos de los estudios económico-financieros en el marco de un recurso indirecto contra una Ordenanza. No obstante ello, la Sala de Málaga analiza algunos aspectos materiales de la cuantía de esta tasa y, en particular, justifica el tratamiento más gravoso que recibe un centro comercial con aparcamiento respecto del asignado a la explotación de aparcamientos en la distinta finalidad perseguida por los usuarios en uno y otro caso así como en el carácter gratuito o no de la utilización de los aparcamientos, circunstancias que en ese segundo supuesto revelan sin esfuerzo la mayor frecuencia de la entrada y salida de los vehículos que en aquellos en los que su uso se remunera, mostrando así la diversidad de grados en la utilización del demanio y la razonabilidad del distinto gravamen, distinción que resulta posibilitada en función del criterio de capacidad económica consagrado por el artículo 31 de la Constitución.

Se siguen dictando sentencias sobre la exacción de tasas a las entidades bancarias por la explotación de cajeros automáticos dispuestos con frente directo a la vía pública. El TSJ de

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Cataluña, en su línea tradicional de sostenimiento jurídico de estas tasas, introduce un interesante matiz: la entidad de crédito indudablemente obtiene un provecho económico de esta operativa que realiza en espacio de dominio público local, mediante un sistema inteligente que es complemento de su propio centro de actividad y que traslada a la vía pública el desarrollo de los servicios que habrían de ser realizados en el interior. Tratándose, por tanto, de un servicio económico del que el banco obtiene el consiguiente provecho y ventaja, que se presta en línea de fachada, hacia el exterior, que permite atender al público que deambula por la acera, y siendo en la propia vía pública donde se presta dicho servicio, hay que concluir que se produce una utilización privativa de bienes del dominio público local (cfr. *STSJ de Cataluña de 5 de mayo de 2005*, JT 910). La doctrina del TSJ de Madrid también va en esta línea, rechazando lo aducido por el contribuyente, que no había verdadera utilización o aprovechamiento especial de un reducido espacio de la vía pública en el brevísimo tiempo que dura el servicio del cajero; tiempo que no difiere esencialmente del de los simples transeúntes que hacen un uso colectivo y general de la vía pública. No comparte la Sala estos argumentos, señalando que si no hubiera esa actividad callejera no habría servicio, en el cual se utiliza el dominio público para algo bien distinto del uso general colectivo de la vía pública o del mero deambular. El Tribunal aprecia que existe un aprovechamiento especial, que negarlo sería negar la evidencia y que ese aprovechamiento especial no es confundible con el uso general colectivo de la vía pública (*STSJ de Madrid de 1 de abril de 2005*, JT 1146, y de 13 de mayo de 2005, JT 1152).

La *STSJ del País Vasco de 10 de junio de 2005*, JT 1108, estima el recurso planteado contra la prestación exigida por la utilización del dominio público con ocasión de la instalación de cableado, cuando lo que se produce es su mera sustitución: dado que la norma preveía que se cobrase por la instalación de cableado y, en el caso, la instalación ya estaba ejecutada y se ha procedido meramente a su cambio, se está exigiendo cuando no concurre el presupuesto necesario aplicado para ello (instalación originaria).

### **F) Otro dominio público: Tasas por la utilización del dominio público local: cuantificación al 1,5% para ciertas empresas suministradoras de servicios**

Como se ha indicado en otras ocasiones, el importe de las tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local se fija con carácter general tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público. No obstante ello, cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquéllas consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas.

Esta controvertida modalidad fue objeto de una intensa reforma con ocasión de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre. Aunque la reforma aclara algunos de los aspectos que han sido objeto de reiteradas controversias, los litigios, de una parte, se siguen produciendo

y, de otra parte, se plantean muchas dudas acerca del espíritu constitutivo o meramente declarativo de algunos de los apartados reformados.

Presentamos a continuación varias sentencias relativas a esta modalidad.

Como hemos explicado otras veces, muchos conflictos han sido planteados por empresas comercializadoras de electricidad. Téngase en cuenta que la liberalización del sector que se produjo en 1997 obligó a separar la distribución de la comercialización, buscando acabar con la situación previa de monopolio. Las SSTs de 9 y 10 de mayo de 2005, RJA 6821 y 5305, respectivamente, resuelven las casaciones planteadas contra las sentencias desestimatorias del TSJ de Cataluña de los recursos formulados por una empresa comercializadora contra liquidaciones por la tasa bajo la regulación anterior a 2003. Se desestima la pretensión de la empresa. Señala el Alto Tribunal que si no existe utilización privativa del dominio público, sí aprovechamiento especial del mismo: el aprovechamiento especial del dominio público se producirá siempre que para la prestación del servicio de suministro sea necesario utilizar una red que materialmente ocupe el subsuelo, el suelo o el vuelo de las vías públicas municipales, aprovechamiento que, indudablemente, lleva a cabo la recurrente aunque no sea titular de la red de distribución de la energía.

En esta sentencia el Tribunal Supremo vendrá a admitir que en casos en que no se dan los presupuestos para la aplicación del sistema de cuantificación especial previsto en la Ley, las Ordenanzas puedan establecer un sistema similar siempre y cuando justifiquen que representa la utilidad que proporciona a la empresa. Un sistema de cálculo de la tasa que suponga un aumento de su importe en el caso de un aumento de facturación es correcto, porque éste supone un correlativo aumento de la intensidad y valor del aprovechamiento especial realizado.

El TSJ resuelve mediante **STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de junio de 2005**, JT 11124, el recurso directo contra la modificación de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Valencia reguladora de esta tasa, aprobada en orden a adaptarla a la reforma legal operada por la Ley 51/2002. El TSJ desestima la demanda en todos sus términos. Se cuestionaba en primer lugar el efecto retroactivo intolerable de la modificación, lo que es rechazado por la Sala, dado que el Ayuntamiento realizó sus actuaciones en los términos de la misma Ley de reforma. Rechaza también el tribunal que la modalidad sea contraria a las exigencias de la armonización fiscal europea y, en particular, al artículo 33 de la Sexta Directiva de IVA, evitando el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Y rechaza finalmente que la aplicación de la modalidad sobre las empresas comercializadoras, no titulares de las redes a través de las que efectúen tales suministros, sea contraria a los principios constitucionales de justicia tributaria, evitando también el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

Con los mismos argumentos se han recurrido Ordenanzas de otros Ayuntamientos aprobadas con igual finalidad de adaptación, como la de Vitoria. El TSJ desestima el recurso en **STSJ del País Vasco de 30 de enero de 2005**, JT 1123.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

### **G) Fiscalidad por la titularidad de los bienes de titularidad pública: Impuesto sobre Bienes Inmuebles y autopistas de peaje**

El TSJ mediante STSJ de Cataluña de 29 de abril de 2005, JT 859, estima el recurso de apelación formulado por el Ayuntamiento de Sitges, contra la sentencia de instancia que había estimado el recurso planteado por la concesionaria de autopistas de Cataluña en relación con la aplicación de una bonificación del 95% en la cuota del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Sigue con ello la doctrina del Tribunal Supremo, según el cual la validez del otorgamiento de la bonificación por la Generalidad está supeditada a la concurrencia del preceptivo informe previo del Ministerio de Economía y Hacienda. La falta de este informe vicia de nulidad el otorgamiento autonómico de la bonificación cuestionada.

### **H) Fiscalidad por la titularidad de los bienes de titularidad pública: Impuesto sobre Bienes Inmuebles y Universidades**

La STSJ de Cataluña de 26 de mayo de 2005, JT 867, considera aplicable a las Universidades la exención relativa a determinadas fincas de su titularidad. La Sala explica que este fallo lo es sin perjuicio de la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo respecto de la inaplicabilidad a las Universidades de las exenciones resultantes del artículo 64.a) de la Ley de Haciendas Locales. Dice el TSJ que el Tribunal Supremo únicamente resuelve una mínima parte de la cuestión litigiosa, porque la sentencia apelada se basa en el mantenimiento de la vigencia del artículo 53.4 de la anterior Ley de Reforma Universitaria (en adelante LRU), según el cual “las Universidades gozarán de los beneficios fiscales que la legislación atribuya a las fundaciones benéfico-docentes”, precepto sobre el cual en nada se pronuncia la sentencia del Alto Tribunal. Según el TSJ, no hay incompatibilidad entre la derogación de los beneficios fiscales respecto de los tributos locales contenida en la Disposición Adicional Novena de la LHL, que conlleva la inaplicación a tales tributos del artículo 53.1 LRU y el mantenimiento de la equiparación a las fundaciones benéfico-docentes del artículo 53.4 de la misma LRU, pudiendo gozarse de los mismos beneficios fiscales que correspondan a las fundaciones benéfico-docentes, estándose a lo previsto en la normativa reguladora de fundaciones y mecenazgo.

El tribunal catalán señala asimismo que la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, confirma implícitamente la interpretación que se sostiene.

VICTORIA CARPI ABAD  
CÉSAR CIRIANO VELA  
ELOY COLOM PIAZUELO  
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED  
BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA  
ANTONIO EMBID IRUJO



**XIII. MEDIO AMBIENTE****Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las**

**Comunidades Europeas.** A) Directiva-marco de aguas. Incumplimientos por no transposición en el plazo previsto del Reino de Bélgica, República Federal de Alemania, República Italiana, República de Finlandia y República de Portugal. B) Inadmisibilidad de los recursos de anulación contra dos decisiones comunitarias y una Directiva por falta de legitimación de los recurrentes, organizaciones de defensa del medio ambiente.

C) Directiva 79/923/CE, sobre calidad de las aguas para cría de moluscos:

Incumplimiento por España. Se aplica a las aguas donde se críen los moluscos destinados al consumo por el hombre sea directamente o por medio de un tratamiento.

D) Contaminación de la atmósfera por gases de efecto invernadero. Sistemas nacionales de reparto de cuotas. Posibilidad de los Estados de modificar el Plan Nacional de Derechos de emisión antes de que comience a aplicarse en lo relativo al número total de cuotas que se pretenden repartir. E) Directiva 92/43/CEE "hábitats": Incumplimiento por la República Federal Alemana. La regulación de la evaluación ambiental de proyectos que se realicen fuera de las Zonas de Especial Conservación y que puedan afectar a éstas, es insuficiente.

**3. Actividades clasificadas. Denegación de autorización para la ampliación de una depuradora de aguas instalada a menos de 400 metros de una zona urbana de baja densidad.**

**4. Evaluación de impacto ambiental. Calificación de la Declaración de Impacto**

**Ambiental como acto de trámite no susceptible de impugnación autónoma. 5. Residuos.**

**Legalidad del Decreto de la Xunta de Galicia por el que se fija la concentración límite de hexaclorociclohexano (lindano) en lo suelos. 6. Espacios Naturales Protegidos.**

A) La aprobación de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de una zona debe preceder a la declaración de ésta como espacio natural o sucederle pero siempre en el plazo de un año. B) La entrada en vigor del RD 384/2002, por el que aprueba el PRUG del Parque Nacional de los Picos de Europa, exige la aprobación previa o simultánea del régimen económico y de compensaciones correspondiente. C) Inconstitucionalidad del artículo 16.7 de la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1999, de 27 de octubre, del espa-

cio natural de Doñana que atribuye al Consejo de Participación la facultad de aprobar los planes sectoriales que desarrollen el plan rector de uso y gestión. **7. Aguas continentales.**

A) Vertidos: ineficacia sobrevenida de reglamento autonómico que fijaba la concentración límite en suelos afectados por vertidos de hexaclorociclohexano. **8. Fiscalidad medioambiental.** A) Aguas continentales: Cánones de saneamiento: cuestiones varias. B) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos: suministros a tipo reducido sin autorización. C) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre la Electricidad.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida durante los meses de noviembre y diciembre de 2005 y enero de 2006; la del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la Sentencia 4265 a la 5750 de 2005 (cuadernillos 18 a 23) y la Constitucional desde la Sentencia 240/2005, de 10 de octubre, hasta la 342/2005, de 21 de diciembre.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

### A) Directiva-marco de aguas. Incumplimientos por no transposición en el plazo previsto del Reino de Bélgica, República Federal de Alemania, República Italiana, República de Finlandia y República de Portugal

No hace falta recordar aquí la importancia de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, usualmente denominada Directiva-marco de aguas. Publicada en el DOCE de 22 de diciembre de 2000, otorgaba un plazo de tres años a los Estados para llevar a cabo su transposición. España lo hizo por el artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, mediante el que se produjo la modificación y adición de diversos preceptos del Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio. España tuvo, pues, ocho días de retraso en ese proceso de transposición, pero algunos países europeos lo han superado con creces, pues comienzan a aparecer las primeras sentencias del Tribunal de Justicia mediante las que se constata tal incumplimiento referido a la fecha en que la Comisión dirige su dictamen motivado, por lo que es posible que con posterioridad en algún caso haya tenido lugar tal transposición. El amplio número de incumplimientos que destacamos aquí (cinco) trasluce la dificultad que las distintas medidas contenidas en esta Directiva-marco (organización de la gestión por cuencas, planificación hidrológica, recuperación de costes, etc.) tienen para ser aplicables con generalidad.

### XIII. Medio Ambiente

Debemos consignar aquí, por tanto, sin más comentarios las siguientes Sentencias: la **STJCE de 15 de diciembre de 2005, recaída en el asunto C-33/05**, que opone a la Comisión contra el Reino de Bélgica y que declara el incumplimiento del plazo de transposición en lo que se refiere a la región de Bruselas-Capital; **STJCE 15 de diciembre de 2005, recaída en el asunto C-67/05**, que opone a la Comisión contra la República Federal Alemana, y que declara el incumplimiento del plazo de transposición de este país; la **STJCE de 12 de enero de 2006, recaída en el asunto C-85/05**, que opone a la Comisión contra la República italiana, y que declara el incumplimiento del plazo de transposición de este país; **STJCE de 12 de enero de 2006, recaída en el asunto C-107/05**, que opone a la Comisión contra la República de Finlandia, y que declara el incumplimiento del plazo de transposición de este país y, finalmente, **STJCE de 12 de enero de 2006, recaída en el asunto C-118/05**, y que opone a la Comisión contra la República Portuguesa, y en la que se declara el incumplimiento del plazo de transposición de Portugal.

#### **B) Inadmisibilidad de los recursos de anulación contra dos decisiones comunitarias y una Directiva por falta de legitimación de los recurrentes, organizaciones de defensa del medio ambiente**

Comentamos, a continuación, **dos Autos del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas** (segunda cámara) de 28 de noviembre de 2005, en los que se ha declarado la inadmisibilidad de dos recursos de anulación interpuestos por organizaciones medioambientales contra decisiones de la Comisión o una Directiva. De esta forma, se continúa la tendencia restrictiva a la admisibilidad de acciones de impugnación de dicho tipo de organizaciones presente en distintas Sentencias del Tribunal de Justicia.

En el primero de ellos, **de 28 de noviembre de 2005, recaído en los asuntos acumulados T-236/04 y T-241/04**, el Tribunal de Primera Instancia declara la inadmisibilidad de los recursos de dos organizaciones medio ambientales [European Environmental Bureau (EBB) y Stichting Natuur en Milieu], sostenidas por la República Francesa e interpuestos contra dos decisiones de la Comisión (la 2004/248/CE, de 10 de marzo de 2004, relativa a la no inscripción de la atrazina en el anexo I de la Directiva 91/414/CEE del Consejo y la retirada de los productos fitofarmacéuticos que contienen esta sustancia activa y la 2004/247/CE también de 10 de marzo de 2004, relativa a la no inscripción de la simazina en el Anexo I de tal Directiva, y la retirada de la autorización de las autorizaciones a los productos fitofarmacéuticos que contienen tal producto). La demandada es, obviamente, la Comisión, apoyada por la empresa Syngenta Crop Protection AG establecida en Basilea (Suiza).

El segundo de los **Autos**, también **de 28 de noviembre de 2005, recaído en el asunto T-94/04**, declara la inadmisibilidad del recurso de anulación interpuesto por diversas organizaciones medioambientales (European Environmental Bureau (EBB), Pesticidas Action Network Europe, Internacional Union of Food, Agricultural, Hotel, Restaurant, Catering, Tobacco and Allied Workers' Associations (IUF), European Federation of Trade Unions in the Food, Agricultural and Tourism sectors and allied Branches (EFFAT), Stichting Natuur en Milieu y Svenska Naturskyddsföreningen) contra la Directiva 2003/112/CE de la Comisión, de 1 de diciembre de 2003, por la que se modifica la Directiva 91/414/CEE del Consejo para inscribir la sustancia activa paraquat. La de-

mandada es la Comisión apoyada por la empresa Syngenta Ltd, establecida en Guildford (Reino Unido).

Los temas y argumentos de ambos Autos son prácticamente similares por lo que vamos a realizar un tratamiento conjunto. Lo que se debate en el primero de los recursos de las organizaciones ecologistas es que la no inclusión de las sustancias mencionadas (la atrazina y la simazina) y la decisión de retirar las autorizaciones de los productos fitofarmacéuticos que las contengan, ha ido acompañada de la autorización a los Estados para mantener dichas autorizaciones hasta el 30 de junio de 2007 a condición de que se mantengan determinadas condiciones que podríamos denominar de seguridad (etiquetado, vigilancia de la salud humana, estimulación de las investigaciones para sustituir tales productos). En el segundo caso el recurso se dirige contra la Directiva mencionada que autoriza la inscripción del paraquat condicionado a que sólo se utilice en herbicidas.

En los dos supuestos la Comisión opone la inadmisibilidad por falta de legitimación de las organizaciones ecologistas dado que ellas no son las destinatarias de las decisiones (supuesto uno) o que el artículo 230, cuarto párrafo, CE no menciona a personas jurídicas como las organizaciones recurrentes como susceptibles de recurrir contra una directiva (supuesto dos). En ambos casos, es el artículo 230, cuarto párrafo, CE el considerado, por lo que lo transcribimos a continuación:

“Toda persona física o jurídica podrá interponer en las mismas condiciones (que las mencionadas en párrafos anteriores para recursos de Estados, Consejo, Comisión, Parlamento, etc.), recurso contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente.”

La clave del asunto va a ser, pues, si estas organizaciones son “destinatarias” de las dos Decisiones y de la Directiva. El Tribunal va a indicar que no es así, sino que son los Estados los directamente considerados por todos los textos recurridos.

Y respondiendo al contraargumento de las organizaciones de que “ellas están individualmente afectadas por las decisiones atrazina y simazina” en función de la “regresión que implicarían en los términos de protección del medio ambiente” (punto 55 del primer Auto), el Tribunal responde, primero, que no han probado tal regresión (punto 56) pero, y este razonamiento del Tribunal debe leerse con atención, aun siendo cierto que tuviera lugar tal regresión medio ambiental por las competencias que se permiten a los Estados, esto no bastaría para considerar que son afectados individualmente por tales decisiones. A esos efectos el Tribunal de Primera Instancia cita la Sentencia de 2 de abril de 1998, Greenpeace e.a./Comisión, C-321/95 y otras.

Otro argumento de las partes recurrentes sería la existencia de un derecho (españolicemos el término) a la “tutela judicial efectiva”, que se contendría en los artículos 6 y 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos que sería aplicable a las instituciones comunitarias en virtud del artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea. Recordando,

### XIII. Medio Ambiente

sin embargo, la Sentencia del Tribunal de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo, asunto C-50/00), se establece definitivamente en el punto 66 del primer auto que:

“En esta misma Sentencia, el Tribunal ha indicado que el Tratado CE, por sus artículos 230 CE y 241 CE, de una parte, y por su artículo 234 CE, de otra, ha establecido un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a asegurar el control de la legalidad de los actos de las instituciones, confiándolo al juez comunitario. En este sistema las personas físicas o morales, aun cuando no puedan en razón de las condiciones de admisibilidad presentes en el artículo 230 CE, cuarto párrafo, atacar directamente los actos comunitarios generales, siempre tienen la posibilidad, según el caso, de hacer valer la invalidez de tales actos sea de manera incidental en virtud del artículo 241 CE ante el juez comunitario, sea ante las jurisdicciones nacionales y de plantear a éstas, que no son competentes para constatar por sí mismas la invalidez de dichos actos, que interroguen al Tribunal por la vía de las cuestiones prejudiciales.”

En el segundo de los autos hay una mayor pluralidad de argumentaciones (deducida del mayor número de recurrentes) pero el tipo de respuesta es semejante: el artículo 230, párrafo 4, no permite tal recurso. Continúa, pues, la doctrina establecida sobre la falta de legitimación en casos como los narrados de organizaciones ecologistas, lo que contrasta claramente con la situación de algunos derechos internos que por distintas vías, suelen favorecer el planteamiento de posibilidades de impugnación judicial en función de su tutela de intereses difusos. Precisamente la regulación comunitaria en torno al convenio de Aarhus mira a favorecer tal impugnación judicial, pero cuando en el segundo de los recursos los recurrentes le recuerdan esto al Tribunal, este responde que “los principios que rigen la jerarquía de las normas (...) se oponen a que un acto de derecho derivado confiera cualidad para obrar a los particulares que no satisfagan las exigencias del artículo 230, párrafo 4, CE”.

Debo advertir, finalmente, que hemos llevado a cabo la traducción al español del contenido de estos Autos que se ha publicado sólo en francés.

#### **C) Directiva 79/923/CE, sobre calidad de las aguas para cría de moluscos: Incumplimiento por España. La regulación de la evaluación ambiental de proyectos que se realicen fuera de las Zonas de Especial Conservación y que puedan afectar a éstas, es insuficiente**

Se aplica a las aguas donde se críen los moluscos destinados al consumo por el hombre sea directamente o por medio de un tratamiento.

La STJCE (Sala Primera) de 15 de diciembre de 2005, recaída en el asunto C-26/04, declara el incumplimiento del Reino de España del artículo 5 de la Directiva 79/923/CEE del Consejo, de 30 de octubre de 1979, relativo a la calidad exigida a las aguas para cría de moluscos, al no haber adoptado un programa de reducción de la contaminación de las aguas para cría de moluscos para la Ría de Vigo.

La clave de la discusión judicial reside en la interpretación del artículo 1 de la Directiva 79/923/CE en su última frase. El precepto dice así: “La presente Directiva se referirá a la calidad de aguas para cría de moluscos y se aplicará a las aguas costeras y a las aguas salobres declaradas por los Estados miembros que requieran una protección o mejora para permitir la vida y el crecimiento de los moluscos (bivalvos y gasterópodos) y **para contribuir de esta forma a la buena calidad de los moluscos directamente comestibles por el hombre**”. El Tribunal, respondiendo a la exculpación formulada por el Reino de España, dirá que la Directiva con todo su contenido, se aplica a los moluscos destinados al consumo del hombre, aunque sea a través de un tratamiento de depuración previo.

Consiguientemente España debe redactar un programa de reducción de la contaminación según lo dispuesto en el artículo 5 de la misma Directiva.

**D) Contaminación de la atmósfera por gases de efecto invernadero. Sistemas nacionales de reparto de cuotas. Posibilidad de los Estados de modificar el Plan Nacional de Derechos de emisión antes de que comience a aplicarse en lo relativo al número total de cuotas que se pretenden repartir**

Llega por primera vez a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la cuestión del comercio de derechos de gases de efecto invernadero. Lo hace en el marco de una disputa entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte que demanda a la Comisión de las Comunidades Europeas en cuanto ésta ha dictado una Decisión C (2005)1081 final, de 12 de abril de 2005, por la que se rechaza una modificación del Plan nacional de reparto de cuotas de emisión de gases de efecto invernadero presentado por el Reino Unido. Pues bien, la **STJCE (Sala primera) de 23 de noviembre de 2002, recaída en el asunto T-178/05**, anula la decisión de la Comisión y avala, por tanto, la modificación del Plan Nacional hecha por el Reino Unido. Veamos, a continuación, los términos de la contienda jurídica.

La Directiva en relación a la cual se discurre es la 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un sistema de intercambio de cuotas de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE. El artículo 9.1 precisa la existencia de un Plan nacional de reparto de cuotas que fija las que cada país tiene intención de repartir durante el período correspondiente y la manera cómo se propone atribuirlos. En lo que se refiere al período 2005-2008, el plan debe ser publicado y notificado a la Comisión y estados miembros lo más tarde el 31 de marzo de 2004. El artículo 9.3 dispone que en los tres meses siguientes la Comisión puede rechazarlo en caso de incompatibilidad con criterios de la propia Directiva. El artículo 11, por su parte, decide que cada país tres meses antes del comienzo del período que comienza el 1 de enero de 2005 decide la cantidad total de cuotas que piensa repartir y, finalmente, se regula un sistema de información al público durante este proceso.

Pues bien, el supuesto es que el Reino Unido comunicó el 30 de abril de 2004 un Plan a la Comisión indicando que era provisional y diciendo que el total de cuotas a repartir sería de 736 millones de toneladas de dióxido de carbono. La Comisión envió una notifi-

### XIII. Medio Ambiente

cación al Reino Unido indicándole que el Plan contenía alguna información incompleta. Finalmente se adoptó una decisión el 7 de julio de 2004, indicando algunas incompatibilidades del Plan inglés con los criterios de la Directiva.

Tras procesos de información pública el 10 de noviembre de 2004, el Reino Unido comunicó a la Comisión que modifica el Plan pasando a aumentar la cantidad de cuotas a 756'1 millones de toneladas de dióxido de carbono. Y la Comisión respondió por su decisión de 12 de abril de 2005, que el Reino Unido no podía hacer eso y que las cuotas estaban ya fijadas en su Plan comunicado el 30 de abril de 2004. La única posibilidad de modificar tal Plan lo era en el sentido de responder a lo que para la Comisión era incompleto en el Plan.

Pues bien, el Tribunal de Justicia responderá en la Sentencia citada que:

a) Los únicos motivos de rechazo de la Comisión de un Plan de un país son los especificados en el artículo 9.3 de la Directiva (punto 54 de la Sentencia).

b) La Comisión no tiene por qué adoptar una decisión de aprobación de un Plan nacional. Si no responde en el plazo de tres meses desde la comunicación del Plan Nacional, éste se entiende aprobado (silencio positivo en la terminología española). Esto se basa en el artículo 9.3 Directiva (punto 55 de la Sentencia).

c) El Estado tiene capacidad para modificar las cuotas que se fijaran en el primitivo plan si lo hace antes de empezar el período al que se refieren. Esto se basa en los resultados de los procesos de información pública que hayan tenido lugar y en los que se han podido detectar errores (puntos 56 y 57). No es cierto, tal y como dice la Comisión, que sólo puedan tener lugar modificaciones internas del Plan, respetando el número total de cuotas (punto 58).

d) Finalmente se invoca un criterio de “razonabilidad” en relación a la escasísima modificación de las cuotas que ha tenido lugar (de 736 a 751 millones de toneladas) (punto 60 de la Sentencia).

**E) Directiva 92/43/CEE “hábitats”: Incumplimiento por la República Federal Alemana. La regulación de la evaluación ambiental de proyectos que se realicen fuera de las Zonas de Especial Conservación y que puedan afectar a éstas, es insuficiente**

La STJCE (Sala Segunda) de 10 de enero de 2006, recaída en el asunto C-98/03, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República de Alemania, declara el incumplimiento por parte de este Estado de diversas obligaciones presentes en la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

La polémica se establece en torno a unas leyes alemanas mediante las que se produjo la adaptación del derecho interno alemán a la Directiva comunitaria. La primera Ley fue

una de 21 de septiembre de 1998 (*Gesetz ubre Natuschutz und Landschaftspflege*) y la segunda con el mismo título y que deroga a la anterior, es de 25 de marzo de 2002. El Tribunal de Justicia, respondiendo positivamente a la demanda de la Comisión, considerará insuficiente el grado de protección de la norma alemana en relación a determinadas decisiones de la Directiva.

En concreto se va a considerar insuficiente en relación a lo que preve el artículo 6.3 y 4 de la Directiva, la previsión de evaluación ambiental de actividades que se realicen fuera de las Zonas de Especial Conservación y que puedan afectar a éstas. Según la normativa comunitaria y la interpretación del principio de cautela del Tribunal de Justicia (Sentencia de 20 de octubre de 2005, Comisión/Reino Unido, comentada en el núm. 30 de esta Revista), en caso de duda sobre la inexistencia de efectos negativos debe efectuarse la evaluación, y eso según el derecho alemán considerado podría conducir, precisamente, a una no evaluación, por lo que se considera que el principio de cautela no está suficientemente garantizado en la normativa alemana.

Hay, también, otras desautorizaciones de distintos preceptos de la norma alemana, de menos trascendencia dogmática.

### **3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS. DENEGACIÓN DE AUTORIZACIÓN PARA LA AMPLIACIÓN DE UNA DEPURADORA DE AGUAS INSTALADA A MENOS DE 400 METROS DE UNA ZONA URBANA DE BAJA DENSIDAD**

El TS en su STS de 11 de mayo de 2005, Ar. 4657, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Generalidad Valenciana y por la Mancomunidad de Depuración de la margen izquierda del río Segura contra la sentencia dictada en primera instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana, estimatoria del recurso interpuesto por la Asociación de Vecinos de San Fulgencio contra el Acuerdo de la Mancomunidad por la que se aprobó el Proyecto y la Ejecución de las obras de saneamiento de la margen izquierda del río Segura, anulando dicho acto por ser contrario a derecho y dejándolo sin efecto en lo que se refiere al proyecto y ejecución de la ampliación de la estación depuradora prevista en el municipio de San Fulgencio.

Fundamenta su decisión el Alto Tribunal en la aplicación de su reiterada doctrina respecto a la exigencia de una distancia de 2.000 metros entre el núcleo urbano y las instalaciones reputadas insalubres, una vez que ha quedado acreditada la existencia de una zona urbana de baja intensidad consolidada a menos de 400 metros de las obras proyectadas, estimando en consecuencia que el emplazamiento propuesto no resulta conforme a derecho al no haberse acreditado tampoco el concurso de circunstancias especiales que justifiquen tal emplazamiento. El Tribunal rechaza así mismo el argumento esgrimido por los recurrentes de que no sería aplicable al presente supuesto la limitación de la distancia contemplada en los artículos 4 y 15 del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas por no tratarse de una industria fabril *stricto sensu*, en aplicación de su

### XIII. Medio Ambiente

reiterada doctrina en la que justifica una interpretación amplia de la expresión “industrias fabriles” al concluir que la estación depuradora de aguas residuales es también un centro donde la aguas son sometidas a tratamiento y, por tanto, a una actividad industrial, y no existir informe favorable de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos.

#### **4. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. CALIFICACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL COMO ACTO DE TRÁMITE NO SUSCEPTIBLE DE IMPUGNACIÓN AUTÓNOMA**

Reiterando la doctrina sentada desde su Sentencia de 17 de noviembre de 1998, Ar. 10522, a la que han seguido otras más que se relacionan en las que comentamos a continuación, el Tribunal Supremo ratifica en las **SSTS de 12 de abril de 2005, Ar. 4445 y 21 de enero de 2004, Ar. 5665 de 2005**, la inadmisión de los recursos contencioso-administrativos interpuestos por los recurrentes contra las Resoluciones de los órganos competentes de la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid y del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente mediante las que se formularon las declaraciones de impacto ambiental (DIA) sobre el proyecto de Parque Temático de San Martín de la Vega y sobre el proyecto de ampliación del Aeropuerto de Barajas, inadmisión declarada inicialmente en las sentencias dictadas por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid.

En ambas sentencias el TS fundamenta su decisión al reiterar su doctrina en la que parte de que la Declaración de impacto de ambiental es un acto de trámite no susceptible de impugnación autónoma de la del proyecto evaluado. Matizando en la referente al Proyecto de Parque Temático en la que los recurrentes alegaron la inexistencia de proyecto al no ser aportado a los autos por lo que según éstos la DIA se convertía en un acto de trámite susceptible de impugnación jurisdiccional, que en ese caso nos encontraríamos con una actuación por vía de hecho recurrible al amparo de los artículos 25 y 30 de la LJCA y remarcando que un pronunciamiento sobre la legalidad de la DIA sólo resulta viable en el marco de la autorización definitiva del proyecto o mediante la impugnación por vía de hecho (FJ 6°).

Sin embargo la novedad de la STS de 21 de enero de 2004 (sic) (Ar. 5665 de 2005) relativa a la DIA del proyecto de ampliación del Aeropuerto de Barajas es el voto particular de ocho considerandos emitido por uno de los Magistrados en los que discrepa de algunos de los razonamientos de la mayoría, llegando a la conclusión de que el recurso debió ser estimado. Podrían destacarse de los argumentos del Magistrado disidente los siguientes: que el hecho de que el procedimiento de DIA se inserte en el de autorización del proyecto no desnaturaliza el significado de protección de los valores naturales frente a las agresiones teniendo un carácter tan sustantivo como el de la autorización de la obra, de tal manera que la DIA tiene naturaleza definitiva en lo que atañe a la tutela ambiental y debe ser susceptible de impugnación independiente; que la resolución de las discrepancias que puedan suscitarse entre el proyecto y la DIA no impide la recurribilidad de esta última porque los objetivos y fines son diferentes, y que de no admitirse su impugnación hasta la aprobación del proyecto podría resultar inoperante su finalidad por la ejecutividad de los actos administrativos,

mientras que cabría su impugnación antes o después de aprobar el proyecto como sucede con el recurso contra la necesidad de ocupación en la expropiación forzosa.

### **5. RESIDUOS. LEGALIDAD DEL DECRETO DE LA XUNTA DE GALICIA POR EL QUE SE FIJA LA CONCENTRACIÓN LÍMITE DE HEXACLOROCICLOHEXANO (LINDANO) EN LOS SUELOS**

El TS en su STS de 25 de mayo de 2005, Ar. 5030, confirma la del TSJ de Galicia que desestimó el recurso interpuesto contra el Decreto 263/1999, de 30 de septiembre, del Consello de la Xunta de Galicia, por el que se fija la concentración límite en suelos afectados por vertidos de hexaclorociclohexano (lindano), aprobado con anterioridad a que el Estado dictara la correspondiente norma básica.

En los razonamientos de la sentencia el Tribunal, haciendo suya la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la distribución de competencias en materia de medio ambiente que se deriva del bloque de la constitucionalidad, pone de relieve la competencia de la Xunta para la aprobación del decreto dentro del marco legislación básica-desarrollo y el haber sido dictado al amparo de la competencia de ésta para establecer normas adicionales de protección del medio ambiente y sin perjuicio de los criterios y estándares que se determinaren con posterioridad por el Gobierno de la Nación. Acomodo a la legalidad del Decreto que queda ratificada con la aprobación posterior del Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, que incluyó al hexaclorociclohexano en el listado de contaminantes con un nivel genérico de referencia de concentración de dicha sustancia contaminante en el suelo de 1 mg/kg peso seco, concentración más laxa que la de 2 mg/kg fijada en el Decreto impugnado.

### **6. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS**

#### **A) La aprobación de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de una zona debe preceder a la declaración de ésta como espacio natural o sucederle pero siempre en el plazo de un año**

El TS en su STS de 22 de febrero de 2005, Ar. 5175, siguiendo el criterio asentado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 163/1995, y aceptado por él mismo en anteriores ocasiones (entre otras la Sentencia de 6 de mayo de 2003, Ar. 4053), considera inseparables la declaración de un espacio natural y la elaboración del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la zona comprendida por éste, entendiéndose que, conforme al artículo 15 de la Ley 4/1989, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, la aprobación del PORN debe preceder a la declaración del espacio natural o sucederle pero en este segundo caso siempre en el plazo de un año, ya que transcurrido dicho plazo la declaración del espacio como parque natural deviene nula. Plazo que ha sido sobrepasado en este caso por cuanto, si bien la declaración del Parque fue efectuada por la Ley 14/1990, de 27 de diciembre, del Parlamento de Murcia, la aprobación del PORN de la Zona tuvo lugar casi siete años después.

### XIII. Medio Ambiente

#### **B) La entrada en vigor del RD 384/2002, por el que aprueba el PRUG del Parque Nacional de los Picos de Europa, exige la aprobación previa o simultánea del régimen económico y de compensaciones correspondiente**

La STS de 27 de abril de 2005, Ar. 4316, estima en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Posada de Valdeón contra el Real Decreto 384/2002, de 26 de abril, por el que se aprueba el plan rector de uso y gestión (PRUG) del parque nacional de los Picos de Europa, reproduciendo en el fundamento de derecho segundo la doctrina sentada en los fundamentos de derecho decimotercero a decimoveno de la sentencia de la misma fecha (27 de abril de 2005, Ar. 4282), al llegar a la conclusión de que se echa en falta la aprobación de un régimen económico y de compensaciones con carácter previo a la entrada en vigor del mencionado Real Decreto con base en los artículos 18.2 y 11 de la Ley 4/1989, de Conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, y en los artículos 3 y Disposiciones Adicionales Segunda y Cuarta de la también Ley 16/1995, de declaración del Parque Nacional de los Picos de Europa. Se llega a la anterior conclusión al entender que si bien la primera de las leyes mencionadas prevé como mera posibilidad la del establecimiento de Áreas de influencia socioeconómica, la segunda decide tal establecimiento y lo constituye y ordena, lo que comporta de modo necesario la especificación del régimen económico y la compensación adecuada al tipo de limitaciones impuestas antes o al mismo tiempo que el PRUG. Y si bien el Tribunal estima que la falta de aprobación en tiempo de aquel régimen económico y de compensaciones no es motivo de nulidad del Plan, sí que considera que su inexistencia es motivo de ineficacia del mismo pues lo que aquellas normas legales quieren es que el PRUG empiece a desplegar su eficacia, es decir, que entre en vigor, una vez que aquel régimen esté aprobado. Como consecuencia, la inexistencia de dicho régimen económico acarrea la nulidad de la Disposición Final Única del Real Decreto en la que se determina que éste entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE, pues para esa entrada en vigor se requiere la aprobación previa o simultánea de aquel régimen económico y de compensaciones.

#### **C) Inconstitucionalidad del artículo 16.7 de la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1999, de 27 de octubre, del espacio natural de Doñana que atribuye al Consejo de Participación la facultad de aprobar los planes sectoriales que desarrollen el plan rector de uso y gestión**

La decisión adoptada por la mayoría del Tribunal Constitucional en la STC 331/2005, de 15 de diciembre, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno frente a la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1999, de 27 de octubre, del espacio natural de Doñana, en el sentido de declarar la inconstitucionalidad del artículo 16.7 de la misma, en el que se atribuye al Consejo de Participación la facultad de aprobar los planes sectoriales que desarrollen el plan rector de uso y gestión, se fundamenta, siguiendo la doctrina sentada en el FJ 14.c) de la Sentencia 194/2004, en que la aprobación de los planes sectoriales que desarrollan el plan rector de uso y gestión es una función ejecutiva que no puede atribuirse a un órgano de cooperación de carácter predominantemente consultivo y deliberante y, en todo caso, no ejecutivo como el Consejo de Participación, cuyas funciones son de propuesta, y que lo integran, además de la Comunidad Autónoma, representantes del Estado, de los entes locales y de intereses

sociales privados. Ya que, como sostiene la mayoría del Tribunal, el ejercicio de funciones administrativas de carácter ejecutivo o aplicativo han de ejercerse por la Comunidad Autónoma en régimen de propia responsabilidad, toda vez que las competencias son, además de indisponibles, irrenunciables. Por lo que, concluirá el Tribunal, no se acomoda al orden constitucional de distribución de competencias que estos órganos ejerzan funciones administrativas que están atribuidas estatutariamente y con carácter exclusivo a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Disiente del criterio de la mayoría el voto particular emitido por el Magistrado Guillermo Jiménez Sánchez sobre la base de que el Consejo de Participación es un órgano que forma parte de la Administración del Ente autonómico al estar adscrito, a efectos administrativos, a su Consejería de Medio Ambiente, y la inclusión en dicho Consejo de representantes de otras administraciones y de intereses sociales, económicos y científicos no supone que la Comunidad autónoma abdique de ninguna potestad, ya que mantiene residenciadas tales funciones en un órgano adscrito a la Administración andaluza y, por tanto, encuadrado funcional y jerárquicamente en ella.

Por otra parte, entiende el Magistrado disidente que, de mantener el criterio de que la inclusión de representantes de otras Administraciones en el Consejo de Participación supondría la renuncia de la Comunidad autónoma al ejercicio de competencias de ejecución que le vienen estatutariamente atribuidas, habría de extenderse la declaración de inconstitucionalidad a otros apartados del mismo artículo, en concreto al 2, 4, 10 y 16.

## 7. AGUAS CONTINENTALES

### **A) Vertidos: ineficacia sobrevenida de reglamento autonómico que fijaba la concentración límite en suelos afectados por vertidos de hexaclorociclohexano**

Conforme al artículo 27.1 de la Ley de residuos 10/1998, de 21 de abril, las Comunidades Autónomas declararán, delimitarán y harán un inventario de los suelos contaminados debido a la presencia de componentes de carácter peligroso de origen humano, evaluando los riesgos para la salud humana o el medio ambiente, de acuerdo con los criterios y estándares que, en función de la naturaleza de los suelos y de los usos, se determinen por el Gobierno previa consulta a las Comunidades Autónomas, añadiéndose en su párrafo 2 que la declaración de un suelo como contaminado obligará a realizar las actuaciones necesarias para proceder a su limpieza y recuperación. En la **STS de 25 de mayo de 2005**, Ar. 5030, se interpreta dicho precepto, para llegar a la conclusión de que el Decreto gallego 263/1999, de 30 de septiembre, no incurrió en extramilitación competencial, cuando fijó la concentración límite de HCH para la intervención en el suelo, cualquiera que fuese su naturaleza y uso en 2 mg/kg, con base en el artículo 149.1.23 CE, que permite a las Comunidades Autónomas aprobar normas adicionales de protección, siempre que éstas respeten la legislación básica del Estado, que cumplirá una función de ordenación me-

dante mínimos, resultando factible que las Comunidades Autónomas establezcan niveles de protección más rigurosos.

No obstante, aunque en el momento de aprobación del reglamento autonómico discutido (1999) no existía una norma básica estatal que fijase los criterios y estándares a que alude el artículo 27.1 de la Ley 10/1998, habiéndose cumplido por tanto por este Decreto gallego una función de protección medioambiental que no vulneraba el bloque de constitucionalidad, es lo cierto que desde la aparición del RD 9/2005, de 14 de enero (norma básica estatal), que fija la concentración admisible de HCH en suelos de uso industrial en 1 mg/kg (un miligramo por kilogramo) y establece que un porcentaje superior podría conllevar riesgos para la salud humana, se produce la ineficacia sobrevenida del reglamento autonómico mencionado, por haber fijado un estándar de protección menos riguroso que el contenido en la normativa básica estatal.

## 8. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL

### A) Aguas continentales: Cánones de saneamiento: cuestiones varias

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña analiza en su **STSJ de Cataluña de 4 de febrero de 2005** (JUR 2005/81018) los efectos que sobre las liquidaciones por el concepto canon de saneamiento tienen diversas sentencias anulatorias de ciertos instrumentos normativos inmediatamente vinculados a esta figura (decretos reguladores de planes de saneamiento). La Sala anulará algunas de las liquidaciones recurridas.

La **STSJ de Baleares de 22 de marzo de 2005** (JUR 2005\115344) estudia las complejas relaciones que se producen en aquellos casos en que la Administración que realiza las funciones propias de la depuración de las aguas residuales no es la regional, debiendo compensar la Comunidad Autónoma la pérdida recaudatoria derivada de la no imposición de los tributos que originalmente financiaban la actividad y que se consideraron ex post incompatibles con el canon de saneamiento.

En el caso resuelto por la **STSJ de Galicia de 1 de julio de 2005** la empresa demandante argumenta que en su caso no se produce el hecho imposible del canon de saneamiento, pues la demandante no produce vertidos de aguas residuales, ya que las aguas que utiliza en el proceso de lavado de caolín en su planta, tomadas de la red municipal de abastecimiento de agua, eran recicladas en un circuito continuo que impedía su salida al exterior, sometándose a un proceso de filtración y decantación, produciéndose como únicas pérdidas de agua las que son consecuencia de la evaporación que se produce en el proceso productivo, destacando que la propia Inspección no inspeccionara el interior de las instalaciones ni la totalidad del muro exterior que las rodea, y según resultaba de la diligencia levantada, se constataba la existencia de un canal que rodea el muro exterior de las instalaciones, por el que discurrían los diversos vertidos de aguas procedentes de las instalaciones, siendo devuelta el agua a las mismas por medio de una bomba, corroborándose así la existencia de bombeo de agua funcionando en circuito cerrado. El TSJ desestima la demanda, constatando que se produce el hecho imponible y que, por otra

parte, la empresa no ha solicitado la utilización de determinadas tecnologías de medida que hubieran permitido otras maneras de cuantificación del impuesto.

**B) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre Hidrocarburos: suministros a tipo reducido sin autorización**

La Resolución del TEAC de 18 de mayo de 2005, JT 1179, desestima un recurso de alzada contra las liquidaciones tributarias y la imposición de sanciones a un contribuyente que había realizado suministros directos de gasóleo bonificado a un consumidor final (a tipo reducido) cuando únicamente poseía autorización administrativa para la distribución al por menor de gasóleo bonificado en instalaciones de venta al público. El TEAC considera correcta la regularización efectuada y negligente la conducta de la empresa.

**C) Impuestos estatales sobre la energía: Impuesto Especial sobre la Electricidad**

El TSJ de Canarias, desestima en SSTSJ de Canarias (Las Palmas) de 16 de y 20 de mayo de 2005 (JT 982 y 983), el recurso planteado contra la Administración tributaria por compañías dedicadas a la producción de energía eólica. Como en casos reseñados en otros números de la revista, la cuestión de derecho se contraía a la determinación del concepto de “fábrica” en relación al objeto de este impuesto, así como a la eventual aplicación del régimen suspensivo de devengo del impuesto.

En el caso resuelto por la STSJ de Asturias de 28 de junio de 2005 (JT 1051), se estima el recurso planteado en relación con la aplicación de la exención prevista para la fabricación de energía eléctrica en instalaciones acogidas al régimen especial de cogeneración, a energía consumida por entidad que es la socia única de la titular de la instalación. La demandante consideró autoconsumo tanto lo consumido por la planta de cogeneración como por el complejo industrial de otra entidad a la que suministraba electricidad, por lo que estaría exenta del impuesto. El TSJ considera que la exención es improcedente, aunque la suministradora y la suministrada se encuentren vinculadas (participa en un 70% del capital), no existiendo propiamente autoconsumo. Lo que sí admite el TSJ es que la actuación de la demandante estuvo basada en una interpretación razonable de las normas aplicables al impuesto especial de la electricidad, anulando la sanción impuesta.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

JAVIER DOMPER FERRANDO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

BEATRIZ SETUAÍN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

**XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO****Sumario:**

**1. Consideración general. 2. Agricultura.** A) Sector de la leche y productos lácteos. Transferencia de cantidades de referencia en el sector. B) Concesión de ayudas para planes de mejora. Revocación de subvención. **3. Comercio. 4. Contratos públicos.** A) Ámbito de aplicación. B) Necesidad de licitación. C) Criterios de selección del contratista. **5. Cooperativas de crédito. Prelación de fuentes. 6. Energía eléctrica.** A) Prácticas restrictivas de la competencia. Naturaleza de las Recomendaciones de Unesa. B) Establecimiento de la tarifa eléctrica para el año 2003. C) Limitación de los operadores principales del sector eléctrico en su actuación como agentes vendedores. **7. Fomento.** A) Incentivos regionales. Zonas de promoción económica. Adecuación de las solicitudes a las actividades promocionadas. B) Incentivos regionales. Incumplimiento de condiciones y reintegro de las cantidades otorgadas. **8. Industria. Normas de calidad. 9. Inspección técnica de vehículos. 10. Pesca. 11. Servicios públicos.** A) Ayudas estatales y obligaciones de servicio público. B) Monopolio comercial de distribución de medicamentos. C) Mercados eléctricos y acceso privilegiado a la red de transmisión transfronteriza. **12. Televisión. 13. Transporte. Indemnización por daño causado por transporte marítimo de hidrocarburos. Siniestro del buque “Prestige”.**

**1. CONSIDERACIÓN GENERAL**

En la presente crónica se analizan los pronunciamientos más relevantes del Tribunal de Justicia europeo y del Tribunal de Primera Instancia dictados durante 2005 en materia de servicios públicos y de contratación pública, así como las Sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas entre la 274/2005, de 10 de noviembre y la STC 342/2005, de 21 de diciembre, así como las Sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los cuadernos Aranzadi 19 a 30 de 2006.

## 2. AGRICULTURA

### A) Sector de la leche y productos lácteos. Transferencia de cantidades de referencia en el sector

La STS de 24 de junio de 2004, Ar. 5530 de 2005, estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Gobierno Vasco y otros, declarando la nulidad de varias de las disposiciones contenidas en el Decreto del Gobierno Vasco 169/1968, de 21 de julio, por el que se regulan las normas específicas para las transferencias de cantidades de referencia en el sector de la leche de vaca y de los productos lácteos de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

La declaración de nulidad del tribunal se justifica, en unos casos, por el hecho de que el Decreto impugnado sujeta a autorización de la Administración autonómica las transferencias desvinculadas cuando el adquirente sea de otra Comunidad Autónoma. En otros casos, en cambio, la nulidad se fundamenta en cuanto la norma faculta a la Administración de la Comunidad Autónoma vasca para adquirir las cantidades de referencia desvinculadas en las transmisiones efectuadas a ganaderos situados fuera del territorio del País Vasco.

Entre las consideraciones que formula el tribunal en la sentencia, destacamos las siguientes. Primera: la ejecución del Derecho Comunitario corresponde a quien detente materialmente la competencia, razón por la cual se puede sostener que no existe una competencia específica de ejecución. Segunda: en ejercicio de la competencia sobre “agricultura y ganadería”, la Comunidad Autónoma puede entrar a regular lo referente a la prohibición de transferencias a otros productores situados dentro del ámbito de su territorio, sin que ello trascienda a la planificación general del mercado. Tercera: la anterior condición no se presenta cuando se trata de transferencias desvinculadas que comprenden a adquirentes situados fuera del País Vasco, pues, en este caso, no se está ante el ámbito material propio de competencias de la Comunidad Autónoma, sino que, al contrario, en este supuesto se interfiere con la ordenación del mercado y se impide, en la práctica, la salida de las cuotas de referencia de la Comunidad. Y cuarta: en el caso de las transferencias desvinculadas, tratándose del régimen de autorizaciones, la competencia corresponde a la Administración que extiende su competencia a la totalidad del territorio, dado el carácter extraterritorial que caracteriza este concreto supuesto.

### B) Concesión de ayudas para planes de mejora. Revocación de subvención

La STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, estimó el recurso contencioso interpuesto contra la Resolución del Consejero del Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalidad de 5 de mayo de 2000. Esta Resolución había desestimado el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Director General de Estructuras Agrarias de 20 de septiembre de 1999, por la que se revocó la concesión de una ayuda para la realización de inversiones en plan de mejora.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

La STS de 7 de junio de 2005, Ar. 6712, declara haber lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado de la Generalidad de Cataluña contra la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia. En consecuencia, el Tribunal Supremo casa y anula la sentencia y, resolviendo la cuestión planteada, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto en su momento, confirmando tanto la Resolución del Director General de Estructuras Agrarias como la Resolución del Consejero del Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca, por entenderlas ajustadas al ordenamiento jurídico.

El Tribunal Supremo deja sentado que la persona que recibió la subvención, mediante las alegaciones y pruebas aportadas dentro del proceso, no desvirtuó los incumplimientos que, de acuerdo a la resolución impugnada, determinaron la revocación de la concesión de la ayuda. Los supuestos fácticos demostrados, y entre ellos, de modo principal, el no haber llevado a cabo la producción de plantas, sino una actividad encaminada a alquilar invernaderos, el que los ingresos reales fueran inferiores a los consignados en el estudio económico y el no haber destinado las inversiones objeto de la ayuda a la finalidad prevista inicialmente, ponen en evidencia la desaparición de la explotación agrícola de la beneficiaria y justifican la decisión tomada por la Administración.

### 3. COMERCIO

**Licencia comercial. Caducidad por no inicio de las obras como consecuencia de la aprobación posterior de un Proyecto de gaseoducto.**

La STS de 4 de julio de 2005, Ar. 7084, estimó el recurso de casación frente a la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha que había desestimado el recurso interpuesto contra el acuerdo de la Administración autonómica de ampliar el plazo para inicio de las obras en tan sólo tres meses.

Los hechos que motivaron el recurso eran los siguientes. Obtenida una licencia para la instalación de una gran superficie comercial, con posterioridad y antes del inicio de las obras, la Administración aprobó un Proyecto de construcción de gaseoducto que debía transcurrir por los terrenos donde debía edificarse la gran superficie. La entidad titular de la licencia solicitó una ampliación de plazo para iniciar las obras hasta tanto se clarificara la construcción del gaseoducto y su concreta ubicación. La Administración concedió únicamente un plazo de tres meses, correspondiente a la mitad del plazo inicial de seis meses. Este acuerdo es el que fue objeto de recurso.

La sentencia de primera instancia desestimó el recurso al entender que la titular de la licencia podía iniciar las obras en el plazo concedido más la ulterior prórroga, añadiendo que no constaba que la recurrente tuviera la clara voluntad de materializar la autorización concedida.

Frente a este razonamiento el Tribunal Supremo afirma en primer lugar que pese a tratarse de un recurso de casación puede entrar a valorar los elementos fácticos que estuvieron

en la base de la sentencia impugnada. En este punto afirma que hemos de limitarnos a analizar si como consecuencia de la incidencia industrial ( el proyecto de gaseoducto) “ha existido un proceso lógico jurídico razonable, por parte de la Sala de instancia, al considerar que la prórroga –de sólo tres meses– para el inicio de las obras del centro comercial resultaba suficiente para solventar la incidencia negativa que la posterior aprobación del proyecto de gaseoducto había tenido sobre la inicial concedida”.

De acuerdo con este planteamiento el Tribunal Supremo entra a enjuiciar la sentencia recurrida y afirma que en razón de la clara incompatibilidad entre la actuación comercial e industrial resultaba difícil *a priori* establecer un plazo dentro del cual se pudieran iniciar las obras del centro comercial, siendo en todo caso exiguo el de tres meses. La prueba pericial practicada afirma la imposibilidad de iniciar las obras en el plazo de tres meses concedido.

Por otra parte el Tribunal afirma también que la concesión de la prórroga del plazo no estaba condicionada por lo establecido en el artículo 49 de la Ley 30/1992, esto es, por la limitación de la prórroga a la mitad del plazo inicial, ya que no se trataba de un supuesto de procedimiento con plazo inicial preestablecido.

Por todo ello se estima el recuso de casación, y se determina que el plazo de la licencia comercial deberá ampliarse hasta el momento de la aprobación por la Administración autonómica de los instrumentos jurídicos precisos para conseguir la compatibilidad jurídica de la licencia comercial específica con el proyecto de gaseoducto.

#### 4. CONTRATOS PÚBLICOS

##### A) **Ámbito de aplicación**

La STJCE de 13 de enero de 2005, As. C-84/03, **Comisión c. España**, es el último de una serie de pronunciamientos de condena a España por razón de la deficiente configuración de nuestra legislación en materia de contratos. En esta sentencia, en particular, se concluye la incompatibilidad con las Directivas comunitarias sobre contratación de la versión entonces vigente de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debido a tres razones. En primer lugar, al excluir del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley a las entidades de Derecho privado, cuando éstas pueden cumplir los requisitos propios del concepto de organismo de Derecho público. Que la entidad controvertida goce de un estatuto de Derecho privado no constituye un dato que, por sí solo, permita excluir su calificación como entidad adjudicadora (apartados 27 y siguientes). En segundo lugar, la legislación española incumple las Directivas comunitarias por excluir *a priori* de su ámbito objetivo de aplicación a los convenios de colaboración celebrados entre las entidades de Derecho público, con independencia de cuál sea la naturaleza de las relaciones que se articulen a través suyo, toda vez que algunos de estos convenios pueden tener la mis-

ma naturaleza que los contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario de la contratación pública. Finalmente, el Tribunal afirma que la legislación española también incumple el Derecho comunitario al permitir que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las citadas Directivas: de un lado, la regulación controvertida permite utilizar el procedimiento negociado sin publicidad previa cuando el contrato no haya podido adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido o los candidatos presentados no hayan sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en más de un 10%, y ello a pesar de que la norma comunitaria sólo permite tal cosa de no producirse una modificación sustancial, como la correspondiente al precio del contrato (apartados 47 y siguientes); y, de otro lado, la legislación española permite el recurso al procedimiento negociado sin publicidad previa en los procedimientos que se refieran a bienes cuya uniformidad haya sido declarada necesaria para su utilización común por la administración, siempre que el tipo de bienes de que se trate se haya elegido previamente en virtud de concurso, sin que dicha posibilidad se encuentre admitida por las Directivas comunitarias (apartados 56 y siguientes).

### **B) Necesidad de licitación**

Las SSTJCE de 11 de enero de 2005, As. C-26/03, *Stadt Halle*, y de 10 de noviembre de 2005, As. C-29/04, *Comisión c. Austria*, se pronuncian sobre la necesidad de que las Administraciones territoriales acudan a un procedimiento de licitación a la hora de celebrar un contrato con sociedades de economía mixta por ella participadas. En el segundo pronunciamiento citado, el Tribunal de Justicia rechaza la posibilidad de que el Municipio titular de una representación mayoritaria en el capital social de la empresa mantenga sobre ésta un control idéntico al que ejerce sobre sus propios servicios, y afirma que el contrato en cuestión se celebró a título oneroso entre una entidad adjudicadora y una sociedad privada jurídicamente distinta de ella en cuyo capital dicha entidad adjudicadora tenía una participación mayoritaria. En la primera sentencia citada, el Tribunal de Justicia ya había llegado a la conclusión de que la entidad adjudicadora está obligada a aplicar los procedimientos de licitación pública previstos en la Directiva 92/50 si una empresa privada participa, incluso en una proporción minoritaria, en el capital de la sociedad contratista. El Tribunal declaró que la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora, excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. La relación entre una autoridad pública y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta. La adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados, ya que este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores. Por todo ello, el Tribunal de Justicia concluyó

que, en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva (apartados 49 y siguientes).

La **STJCE de 21 de julio de 2005, As. C-231/03, Coname**, resuelve una cuestión prejudicial acerca de un supuesto parecido al anterior, excepto en un dato relevante: el litigio principal se refiere a la necesidad de acudir a un procedimiento de licitación a la hora de adjudicar una concesión de servicio público, que como tal no está incluida en el ámbito de aplicación de las Directivas en materia de contratación. El Tribunal de Justicia concluye que los artículos 43 y 49 Tratado CE se oponen a que un Ayuntamiento proceda a la adjudicación directa de una concesión para la gestión del servicio público de distribución de gas a Coname, una sociedad de capital mayoritariamente público, en la que dicho Ayuntamiento posee una participación del 0,97%, cuando dicha adjudicación no cumpla el requisito de transparencia. Este último, aún sin imponer necesariamente la convocatoria de una licitación, permite que una empresa establecida en otro Estado miembro distinto de aquél al que pertenezca el Ayuntamiento pueda tener acceso a una información adecuada sobre dicha concesión antes de su adjudicación, de forma que, de haberlo deseado, esté en condiciones de manifestar su interés por obtener dicha concesión. Es cierto que la adjudicación de una concesión de esta índole no se rige por ninguna de las Directivas mediante las que el legislador comunitario ha regulado el ámbito de los contratos públicos. Sin embargo, a falta de una regulación específica, deben analizarse las consecuencias que tiene el Derecho comunitario a efectos de la adjudicación de tales concesiones a la luz del Derecho originario y, más en concreto, de las libertades fundamentales previstas en el Tratado CE. A este respecto, la sentencia afirma que, dado que la citada concesión puede también interesar a una empresa establecida en un Estado miembro distinto, la adjudicación de la concesión a una empresa establecida en este último Estado miembro sin respetar el principio de transparencia constituye una diferencia de trato en perjuicio de la empresa establecida en el otro Estado miembro. En efecto, si no existe transparencia, esta última empresa no tendrá ninguna posibilidad real de manifestar su interés en obtener dicha concesión. Pues bien, si no está justificada por circunstancias objetivas, esta diferencia de trato, que, al excluir a todas las empresas establecidas en otros Estados miembros, opera principalmente en perjuicio de éstas, constituye una discriminación indirecta por la nacionalidad prohibida con arreglo a los artículos 43 y 49 Tratado CE. Por lo que respecta al asunto controvertido, el Tribunal entiende que no concurren circunstancias específicas, como la escasa trascendencia económica, que permitan sostener razonablemente que la concesión en cuestión carecería de interés para una empresa establecida en otro Estado miembro y que los efectos sobre las libertades fundamentales de que se trata serían demasiado aleatorios y demasiado indirectos como para poder apreciar una eventual vulneración de las mismas (apartados 15 y siguientes).

La **STJCE de 13 de octubre de 2005, As. C-458/03, Parking Brixen**, se pronuncia sobre el mismo problema, pero en un asunto que presenta una importante particularidad: la

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

empresa contratista es una sociedad cuyo capital social pertenece íntegramente a una Administración territorial. Por lo que se refiere a la necesidad de licitar las concesiones de servicio público, el Tribunal se muestra particularmente tajante. Pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación. El principio de igualdad de trato de los licitadores tiene por objeto que todos ellos dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad. Sin embargo, el principio de igualdad de trato de los licitadores es aplicable a las concesiones de servicios públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de nacionalidad. Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. Corresponde a la autoridad pública concedente apreciar, bajo el control de los tribunales competentes, la adecuación de las modalidades de licitación a las particularidades de cada concesión de servicios públicos. Sin embargo, la falta total de licitación en la adjudicación de una concesión de servicios públicos como la que es objeto del caso de autos no responde a los requisitos de los artículos 43 y 49 Tratado CE ni a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia (apartados 46 y siguientes).

Por otro lado, el Tribunal recuerda en la sentencia citada que el Derecho derivado de la contratación es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito un contrato oneroso con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio. A este respecto basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes a que pertenece. En el ámbito de la contratación pública y de las concesiones de servicios públicos, el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y los artículos 43 y 49 Tratado CE, son aplicables en el supuesto de que una autoridad pública encomiende la prestación de actividades económicas a un tercero. En cambio, no procederá aplicarlos en el supuesto de que la autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, o que ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (apartados 56 y siguientes).

La empresa concesionaria en el asunto principal es la heredera de un organismo municipal cuya función específica consistía en la prestación unitaria e integrada de servicios públicos locales. El municipio establecía la orientación general, dotaba su capital, se encar-

gaba de la cobertura de eventuales gastos sociales, verificaba los resultados de la gestión y desempeñaba funciones de supervisión estratégica, si bien se garantizaba a la empresa su necesaria autonomía. Por el contrario, el Tribunal constata que, al transformarse en sociedad mercantil, por más que íntegramente pública, la concesionaria adquirió una vocación de mercado que pone en cuestión el control municipal. Así se deriva de la nueva naturaleza del ente, de la ampliación y diversificación del objeto social, de la apertura obligatoria de la sociedad a corto plazo a capital ajeno, de la expansión del ámbito territorial de las actividades de la sociedad a toda Italia y al extranjero y de los considerables poderes atribuidos al consejo de administración, sin que, en la práctica, el municipio termine ejerciendo ningún control sobre la gestión. El órgano jurisdiccional remitente destaca que el control municipal sobre la sociedad se limita, esencialmente, a las medidas cuya adopción atribuye el Derecho de sociedades a la mayoría de los accionistas, lo cual reduce considerablemente la relación de dependencia que existía entre el municipio y el antiguo organismo público, sobre todo si se tienen en cuenta las amplias facultades con que cuenta el consejo de administración de la sociedad. En estas circunstancias, el Tribunal concluye que, cuando una entidad concesionaria dispone de un margen de autonomía de las características descritas, no cabe entender que la autoridad pública concedente ejerce sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (apartados 64 y siguientes).

### **C) Criterios de selección del contratista**

La STJCE de 27 de octubre de 2005, As. C-158/03, Comisión c. España, resuelve un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra España, con motivo del contenido del pliego de condiciones correspondiente a diversos concursos convocados por el Insalud para la prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación. En particular, los pliegos establecían diversas previsiones que el Tribunal termina considerando contrarias al Derecho comunitario. Por un lado, se establece un requisito de admisión de ofertas según el cual la entidad licitadora debe disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de al menos una oficina abierta al público un mínimo de ocho horas diarias cinco días a la semana, en horario de mañana y tarde, en la capital de la provincia de que se trate. Por otro lado, los pliegos establecen unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones de producción, de acondicionamiento y de envasado ubicadas, según el caso, en España o a menos de 1.000 km de la provincia de que se trate, o de oficinas abiertas al público en otras localidades determinadas de esta última, y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata. La sentencia parte de la consideración de que estas previsiones son medidas nacionales que pueden obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de la libre prestación de servicios garantizada por el artículo 49 Tratado CE, cuya justificación pasa, entonces, por que satisfagan cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (apartados 35 y 42).

El Tribunal concluye que ni el requisito de admisión ni los criterios de valoración satisfacen estos presupuestos. En cuanto al primero, sostiene que, aun suponiendo que la existencia de una oficina pueda considerarse adecuada para garantizar la salud de los pacientes, la obligación de disponer de ella a partir de la presentación de la oferta es manifiestamente desproporcionada. Entre los requisitos mínimos figuraba ya la creación de un servicio de asistencia técnica disponible 24 horas al día, todos los días de la semana, un requisito este que garantiza, con medios menos restrictivos para la libre prestación de servicios, la realización en un primer momento del objetivo que se persigue en el presente caso, a saber, no poner en peligro la vida o la salud de los pacientes en caso de problemas de funcionamiento o de uso del equipo (apartados 43 y siguientes). En cuanto a los criterios de valoración, la sentencia considera que no se adecuan a la finalidad que se persigue, consistente en garantizar la seguridad del abastecimiento. La práctica reconocida por las empresas confirma que, para alcanzar el objetivo de disponer con certeza de gas de uso médico cerca del lugar de consumo existen otros medios que restringen menos la libre prestación de servicios. Se trata, en particular, de dar prioridad, mediante la atribución de puntos adicionales, a los centros de depósito con una reserva de gas destinada a compensar, durante el período que eventualmente se determine, las eventuales rupturas o fluctuaciones en el transporte desde las instalaciones de producción o de envasado. El Tribunal concluye que no cabe considerar que los criterios de valoración por los que se atribuyen más puntos adicionales cuanto mayor sea la capacidad de producción estén relacionados con el objetivo del contrato, y todavía menos que sean adecuados para garantizar la realización del mismo (apartados 70 y siguientes). Por último, la sentencia considera que la regla en virtud de la cual, en caso de empate entre varias ofertas, se optará por la empresa que haya prestado anteriormente el servicio en cuestión, resulta discriminatoria y contraria por ello al Derecho comunitario (apartados 85 y siguientes).

La **STJCE de 27 de octubre de 2005, As. C-234/03, Contse SA**, resuelve en relación a un caso de aplicación concreta de los pliegos de condiciones del Insalud mencionados anteriormente. Lo novedoso estriba en el procedimiento seguido, puesto que por primera vez se produce como consecuencia de una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional. Antes de entrar a analizar las condiciones estipuladas en el Pliego, el Tribunal precisa que “contrariamente a lo que sostiene el gobierno español, el asunto concierne un contrato público de servicios y no un contrato de gestión de un servicio calificado como concesión; ello es así porque la administración continúa siendo responsable de todo daño causado por un mal funcionamiento del servicio, este elemento supone una ausencia de transferencia de riesgos vinculados a la prestación del servicio y, por el hecho de que el servicio continúa siendo remunerado por la administración” (apartado 22). El Tribunal recuerda que en los servicios mencionados en anexo IB de la Directiva 92/50 sólo cabe la aplicación de los artículos 14 y 16 y las disposiciones generales del Título I; constata que en relación al supuesto de hecho, las cuestiones discutidas no se incluyen en “los criterios de adjudicación del contrato” del título VI y que en todo caso, los criterios de evaluación deberán respetar el principio de no discriminación.

Finalmente, debe hacerse mención a la **STJCE de 24 de noviembre de 2005, As. 331/04, ATI EAC**, que resuelve diversas cuestiones prejudiciales interpuestas a propósito de las normas comunitarias en materia criterios de adjudicación. En particular, el Tribunal afirma que las Directivas no se oponen a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones, siempre que tal decisión cumpla tres requisitos cumulativos: primero, que no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación; segundo, que no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación; y, tercero, que no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores (apartados 18 y siguientes).

## 5. COOPERATIVAS DE CRÉDITO. PRELACIÓN DE FUENTES

La distribución de competencias en materia de cooperativas de crédito supone tener presente una pluralidad de títulos competenciales, entre los que destacan los recogidos en los artículos 149.1.6, 7, 11 y 13 CE, pero también hay que valorar la propia evolución del sistema autonómico español. A ello se refiere la **STC 291/2005, de 10 de noviembre** (ponente: Roberto García-Calvo), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por la Junta de Andalucía respecto al artículo 54 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, por el que se da nueva redacción al artículo 104 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas. El precepto cuestionado es el siguiente:

“Las cooperativas de crédito se regirán por su Ley específica y por sus normas de desarrollo.

Asimismo, les serán de aplicación las normas que, con carácter general, regulan la actividad de las entidades de crédito, y con carácter supletorio la presente Ley de Cooperativas ‘cuando su ámbito de actuación estatutariamente reconocido, conforme a su ley específica, sea supraautonómico o estatal, siempre que realicen en el citado ámbito actividad cooperativizada de manera efectiva’” (la negrita es nuestra).

El TC señala que el legislador estatal, en el momento de aprobar la Ley 27/1999, de 16 de julio, no podía dejar de referirse a las cooperativas de crédito, como una clase más del género de las cooperativas, y tampoco podía ignorar la prelación de fuentes reguladoras de su régimen jurídico asentada en la Ley 13/1989, de 26 de mayo, reguladora de las cooperativas de crédito. Al reiterar ese orden de prelación de fuentes venía obligado, igualmente, a tener en cuenta las transformaciones operadas en el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias en esta materia. En efecto, a partir de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, las CCAA habían asumido la competencia exclusi-

## XIV. Derecho Administrativo Económico

va en materia de cooperativas, lo que significaba que el ámbito de aplicación de la nueva Ley había sido ampliamente reformulado (FJ 5º).

Para el TC, el precepto impugnado reproduce en lo sustancial lo que ya figura en el artículo 2 de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, y restringe la aplicación supletoria de la Ley 27/1999, de 16 de julio, como Derecho Común en materia de cooperativas, a determinados supuestos supraautonómicos. En otras palabras, una vez que la cláusula del artículo 104 declare, como derecho supletorio, la Ley de Cooperativas, ésta sólo podrá aplicarse, a cualquier efecto, en los términos previstos en su propio artículo 2.

A continuación, el TC examina si el Estado tiene competencia para establecer el régimen jurídico aplicable a los “aspectos cooperativos” de las cooperativas de crédito. Reitera que es una materia caracterizada por el solapamiento y entrecruzamiento mutuo de los títulos estatales y autonómicos, pero concluye que se trata de un precepto que reproduce y acota el sistema de fuentes reguladoras del régimen jurídico de las cooperativas de crédito establecido por el Estado en el artículo 2 de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, reguladora de las cooperativas de crédito, que fue dictado en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 149.1.11 CE, y cuyo carácter básico fue confirmado por la STC 155/1993, de 6 de mayo.

El TC efectúa al respecto dos precisiones. Por una parte, declara que la lectura conjunta de los artículos 2 y 104 de la Ley 27/1999, y 1 de la Ley 2/1999 del Parlamento de Andalucía, da como resultado que las disposiciones estatales sobre cooperativas son inaplicables a las cooperativas de crédito andaluzas, de tal modo que no hay invasión competencial. Por otra parte, rechaza que el título que ampara al Estado sea la competencia residual del artículo 149.3, pues en el presente proceso constitucional no se discute si el legislador estatal dispone de competencia suficiente para aprobar una norma general de cooperativas, sino cuál es el título que le habilita para definir el sistema de prelación de fuentes reguladoras del régimen de las cooperativas de crédito.

Una vez confirmado el carácter básico del precepto impugnado, tanto en la vertiente formal, como en la material, y por lo tanto, desestimada la pretensión, el TC rechaza el resto de alegaciones del representante de la Junta de Andalucía.

### 6. ENERGÍA ELÉCTRICA

#### A) Prácticas restrictivas de la competencia. Naturaleza de las Recomendaciones de Unesa

La Entidad Mercantil de Transformadores Eléctricos de Medida, SL denuncia la ilegalidad de ciertas Recomendaciones de Unesa (Asociación Española de la Industria Eléctrica), por entender que esa organización empresarial carece de potestad normativa y que dichas recomendaciones vulneran el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 6 de esa misma Ley, al no tener cobertura en el Derecho Comunitario y constituir una conducta contraria a los artículos 85 y 86 del

Tratado de Roma, al dificultar la entrada en el mercado de los transformadores eléctricos que fabrica.

La Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de junio de 1999, con un criterio confirmado posteriormente por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2002, desestima la pretensión de ilegalidad, argumentando que las citadas Recomendaciones de Unesa carecen de fuerza normativa por tratarse de prescripciones de carácter técnico de cumplimiento voluntario y que no tienen por objeto perturbar o restringir la libre competencia, sino garantizar la calidad y la seguridad de los productos ofrecidos y del servicio de suministro eléctrico.

Interpuesto recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo, en su **STS de 5 de abril de 2005**, Ar. 6574, Sala de lo Contencioso-Administrativo casa la sentencia recurrida y estima parcialmente el recurso interpuesto, declarando la nulidad de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en el solo extremo que concierne a la declaración de legalidad de las Recomendaciones de Unesa, por constituir recomendación colectiva que restringe la libre competencia a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1.b) de la citada Ley 16/1989.

### **B) Establecimiento de la tarifa eléctrica para el año 2003**

La **STS de 22 de junio de 2005**, Ar. 5104, desestima el recurso contencioso interpuesto por Endesa contra determinados preceptos del Real Decreto 1436/2002, de 27 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica para 2003.

Las pretensiones de la parte recurrente tienen un doble carácter. Por un lado, propugna la nulidad de determinados artículos del citado Real Decreto 1436/2002, en la medida en que, a su juicio, la tarifa por él aprobada genera un déficit de ingresos en la actividad regulada de distribución de energía eléctrica. Y, por otro lado, pretende que se condene a la Administración a pagarle los daños y perjuicios ocasionados por la existencia del déficit y como consecuencia de las nuevas obligaciones impuestas a la actividad de distribución por determinadas normas autonómicas o estatales.

El Tribunal Supremo, en la sentencia indicada, declara no haber lugar al recurso. Previamente, realiza tres importantes precisiones. La primera es que ese mismo tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse dos veces sobre ese mismo Real Decreto 1436/2002, en las SSTs de 15 de febrero de 2004 (RJ 2004\1876) y de 2 de febrero de 2005 (RJ 2005\16489, desestimando en ambos casos los respectivos recursos. Gran parte de las cuestiones tratadas en esta nueva demanda coinciden con las ya debatidas y resueltas en las anteriores sentencias.

En segundo lugar, señala el Tribunal Supremo que el reglamento aprobado por la Generalidad de Cataluña, sobre cuyas consecuencias económicas para la actividad de dis-

## XIV. Derecho Administrativo Económico

tribución de energía eléctrica había girado una parte sustancial de la demanda, ha sido anulado, con lo que las pretensiones de la recurrente quedan desactivadas en relación con él. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de enero de 2005, en efecto, estimó el recurso interpuesto por “Endesa Distribución Eléctrica, SLU”, contra el Decreto 329/2001, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Suministro Eléctrico para Cataluña, declarando su nulidad de pleno derecho.

Por último, y desarbolando la principal argumentación de la parte recurrente, el Tribunal Supremo considera no acreditada la existencia del déficit al que se refiere la demanda. La tesis central de este escrito, efectivamente, consiste en afirmar que el Real Decreto 1436/2002 impugnado provoca, por sí solo, para el año de referencia (2003) y para la compañía recurrente o, más concretamente, para sus filiales y de modo especial para la de distribución, un déficit retributivo en su actividad de distribución de energía eléctrica. Pues bien, en su sentencia, el tribunal considera no demostrada la existencia de dicho déficit retributivo en la actividad regulada de distribución.

### **C) Limitación de los operadores principales del sector eléctrico en su actuación como agentes vendedores**

La STS de 24 de junio de 2005, Ar. 5105, desestima el recurso contencioso interpuesto por Endesa contra un precepto del Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

El precepto impugnado es el artículo 28.4 del citado Real Decreto, según el cual: “Los operadores principales del sector eléctrico, determinados anualmente por la Comisión Nacional de la Energía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 del Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, así como las personas jurídicas participadas por alguno de ellos, sólo podrán actuar como agentes vendedores en representación de las instalaciones de producción en régimen especial de las que sean titulares”.

La parte recurrente combate la limitación que el citado precepto establece para los operadores principales del sector eléctrico y para sus empresas participadas. Sostiene que esta limitación es contraria a la Constitución y a la Ley por tres motivos. Todos ellos son rechazados por el Tribunal Supremo.

El primer motivo es que la norma reglamentaria impugnada vulnera la reserva formal de ley, por incidir en una materia ya regulada por ley. En este sentido, sostiene la demandante que la figura del agente vendedor ha sido creada mediante ley (artículo 17 del Real Decreto Ley 6/2000, que modifica la Disposición Transitoria Octava de la Ley 54/1997, de 17 de noviembre), sin que el legislador haya habilitado al reglamento para intervenir en la regulación de dicha figura y, menos aun, para limitar el ejercicio de su actividad. Argumentación que es rechazada por el tribunal: “No tiene razón la actora en su argumentación, ya que el Gobierno, titular de la potestad reglamentaria, cuenta, por un lado,

con la directa habilitación constitucional para ejercerla con subordinación a la ley, y, por otro lado, se beneficia además, en este caso concreto, de las habilitaciones expresas que el legislador ha efectuado en la citada Ley del Sector Eléctrico” (FJ 2º).

El segundo de los motivos alegados es que la norma reglamentaria impugnada vulnera la reserva material de ley, al afectar a la libertad de empresa. Esta alegación, en rigor, presenta dos variantes estrechamente relacionadas: la limitación de la libertad de empresa en la actividad de prestación del servicio eléctrico y la plena exclusión de la libertad de empresa en la actividad de agente vendedor. Ambos argumentos, sin embargo, pueden reconducirse a la unidad: en los dos casos se arguye que la limitación contenida en el apartado recurrido afecta al contenido de la libertad de empresa, que la Constitución reserva a su regulación mediante ley. Discrepa de este razonamiento el tribunal, afirmando: “Ciertamente la Constitución impone la reserva de ley sobre la libertad de empresa, reconocida en el artículo 38, de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 53.1 del propio texto constitucional. (...) Ahora bien, según consolidada jurisprudencia constitucional, la reserva de ley establecida en el citado precepto se proyecta sólo (...) sobre una regulación general del ejercicio de un derecho o libertad, o bien sobre facultades y aspectos esenciales de los mismos, pero no impide que una norma reglamentaria incida en el régimen jurídico de un derecho o de su ejercicio”. Como sucede en el caso del artículo reglamentario enjuiciado en esta sentencia: “No nos encontramos, como es obvio, con una regulación general sobre la libertad de empresa, y ni siquiera sobre una regulación general de la misma en un sector como el de la electricidad. El Real Decreto 436/2004 es más bien un reglamento parcial de desarrollo de la ley reguladora del sector (...) y, en particular, el precepto impugnado establece una limitación específica a ciertos sujetos del citado sector en un ámbito muy restringido y circunscrito de la actividad empresarial” (FJ 3º).

El tercero y último de los motivos es que la disposición recurrida carece de fundamento, tanto base legal como justificación, desde la perspectiva de la defensa de la competencia. No está de acuerdo el tribunal acerca de la falta de apoyatura legal de aquella disposición, “pues aunque ciertamente la previsión que se debate tiene su fundamento material en la defensa de la competencia, la misma se inserta dentro de la reglamentación de la actividad de producción de régimen especial y se apoya en la propia Ley del Sector Eléctrico, respecto a la que el Real Decreto 436/2004 supone un desarrollo”. Ni tampoco sobre su falta de justificación: “la propia actora reproduce la sugerencia de la Comisión Nacional de la Energía a la que responde la medida. Que a la entidad recurrente le parezca insuficiente tal justificación no quiere decir que lo sea, pues es evidente que la limitación impuesta a los operadores principales tiene el (...) objetivo de evitar que la figura del agente vendedor sirva –en contra de su finalidad de potenciar la capacidad competitiva de los pequeños productores de régimen especial– para incrementar la capacidad de intervención en la oferta de energía eléctrica de los operadores principales” (FJ 4º).

### 7. FOMENTO

#### A) Incentivos regionales. Zonas de promoción económica. Adecuación de las solicitudes a las actividades promocionadas

La resolución de las peticiones de ayudas económicas, en los casos de incentivos regionales a zonas de promoción económica, enfrenta en ocasiones al solicitante de la ayuda y a la Administración otorgante en torno a la cuestión de si la actividad para la que se solicita la ayuda forma o no parte de las actividades que la Administración desea subvencionar.

La **STS de junio de 2005**, Ar. 4923, es un ejemplo de esta situación. En este caso se denegó la ayuda solicitada para fabricación, exposición y ventas al por mayor y menor de muebles, supuesto que la Administración entendió no estaba integrado en ninguno de los casos previstos en el artículo 7.1 del RD 487/1988, referido genéricamente a servicios de apoyo industrial y los que mejoren significativamente las estructuras comerciales. La sentencia de primera instancia confirmó la validez del acto denegatorio, al estimar que la actividad para la que se solicitaba la ayuda no estaba incluida y los supuestos de la norma reguladora de las bases de las subvenciones. El Tribunal Supremo, en la sentencia citada, desestima el recurso de casación, afirmando que la valoración cuestionada constituye una apreciación de naturaleza fáctica que no puede revisarse en casación, al estar motivada y no ser arbitraria ni irrazonable ni manifiestamente errónea.

También es un ejemplo de la problemática antes descrita la **STS de 15 de junio de 2005**, Ar. 4919. En este caso se solicitó una ayuda para un proyecto de ampliación para la puesta en marcha de una fábrica de materiales de arcilla cocida para la construcción, ayuda que fue inicialmente denegada por no cumplir el proyecto los fines y objetivos previstos en el artículo 4 del RD 883/1989. La Audiencia Nacional confirmó la validez del acto denegatorio.

Pues bien, en este caso el Tribunal Supremo estima el recurso. Tras afirmar que en esta materia existe un amplio margen de discrecionalidad administrativa para otorgar o no la ayuda atendiendo a criterios de oportunidad económica y social, se añade que toda resolución denegatoria debe estar fundada en causas razonables y no arbitrarias sin contradecir ninguna norma positiva que resulte aplicable.

Analizadas las causas que llevaron a la Administración a denegar la ayuda se concluye que las mismas no estaban justificadas, y por ello se casa la sentencia impugnada que confirmó su validez.

Por último la sentencia afirma que su fallo no puede ser el otorgar la ayuda, y por ello ordena retrotraer las actuaciones al momento anterior de resolver sobre la subvención para que la Administración verifique la procedencia de otorgarla teniendo en cuenta todos los datos concurrentes.

**B) Incentivos regionales. Incumplimiento de condiciones y reintegro de las cantidades otorgadas**

La STS de 25 de mayo de 2005, Ar. 6390, desestimó el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de la Audiencia Nacional que a su vez había desestimado el recurso frente a la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda por la que se había declarado el incumplimiento de las condiciones establecidas en la ayuda otorgada, exigiendo a su vez la devolución de las cantidades entregadas. La ayuda se otorgó para la ampliación de una instalación de elaboración y venta de productos de confitería, mientras que el incumplimiento imputado hacía referencia a la falta de mantenimiento de los puestos de trabajo.

La sentencia del Tribunal Supremo rechaza la alegación relativa a la falta de competencia de la Administración estatal para fiscalizar el cumplimiento de una ayuda que contó con fondos comunitarios, y rechaza igualmente que las alegaciones sobre retroactividad, falta de proporcionalidad y arbitrariedad de la acción administrativa, argumentos que como pone de relieve el Tribunal afectan de hecho al acto administrativo y no al contenido de la sentencia que se recurre en casación.

**8. INDUSTRIA. NORMAS DE CALIDAD**

La entidad AENOR impugnó el RD 863/2003, de 4 de julio, relativo a la norma de calidad para las confituras, jaleas, mermeladas de fruta y crema de castañas para su presentación, comercialización y consumo.

Para la entidad recurrente el Real Decreto que impugna es una norma técnica que, según la ley de industria y normas de desarrollo, en particular el RD 1337/1999, debió ser aprobada por una entidad de naturaleza privada y sin tener carácter obligatorio. La misma recurrente cita en apoyo de su tesis las Sentencias de 5 de abril de 1999 y de 2 de junio de 2003.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de octubre de 2004, Ar. 6383, desestima el recurso, al entender que la norma aprobada es un reglamento técnico que era competencia del gobierno y que poseía carácter obligatorio.

Para el Tribunal Supremo hay que atender al contenido real de la norma enjuiciada, y por ello “si se analiza el contenido de la norma que aprueba el Real Decreto impugnado, junto con su objeto y finalidad, fácilmente se advierte que esta norma no es la norma a que se refiere el artículo 8.3 citado y que la define, como ‘la especificación técnica de aplicación repetitiva o continuada cuya observancia no es obligatoria, establecida con participación de todas las partes interesadas, que aprueba un organismo reconocido, a nivel nacional o internacional, por su actividad normativa’, y sí, se trata propiamente y cuando menos, de un reglamento técnico al modo que lo define el propio artículo 8 en su apartado 4, esto es, la especificación técnica relativa a productos, procesos o instalacio-

## XIV. Derecho Administrativo Económico

nes industriales, establecida con carácter obligatorio a través de una disposición, para su fabricación comercialización o utilización”.

En definitiva, atendiendo a la verdadera naturaleza de la norma impugnada el Tribunal concluye que se trata de una norma que corresponde dictar al Gobierno y que posee carácter obligatorio.

Por último, el Tribunal rechaza la aplicación al caso de la doctrina contenida en las Sentencias de 5 de abril de 1999 y 2 de junio de 2003, al no existir identidad ni conexión con el caso enjuiciado.

### 9. INSPECCIÓN TÉCNICA DE VEHÍCULOS

La STC 332/2005, de 15 de diciembre, que tiene como Magistrado ponente a Vicente Conde, examina un tema que ha generado una notable discusión doctrinal. Se trata del régimen jurídico que debe corresponder a las instalaciones de inspección técnica de vehículos. El Tribunal Supremo ya había tenido la ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la naturaleza jurídica de estas instalaciones, y había desarrollado una abundante jurisprudencia en torno a si debían calificarse como entidades prestatarias de servicio público.

El TC resuelve los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por los Gobiernos de la Generalitat de Cataluña, Principado de Asturias, Aragón y Castilla-La Mancha, contra diversos preceptos del Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones y de inspección técnica de vehículos. En esencia, se alegan tres vicios de inconstitucionalidad, relativos a la inspección técnica de vehículos (ITV).

– En primer lugar, la parte recurrente alega el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 86 CE para los Decretos-Leyes, en la medida que no se justifica la extraordinaria y urgente necesidad, y porque se afecta al régimen de las Comunidades Autónomas. El TC desestima esta pretensión: admite carencias en el texto de la norma impugnada, tales como no justificar la necesidad del Decreto-Ley, o bien la remisión a un reglamento de desarrollo. Sin embargo, las considera compensadas porque en el trámite parlamentario posterior el Gobierno aludió a la liberalización de la actividad de las ITV, y a posibles problemas de satisfacción de la demanda como consecuencia del crecimiento del parque automovilístico español. Añade que debe reconocerse un amplio margen a los criterios de oportunidad a la hora de decidir el rango de las normas que disciplinan una actividad.

El TC entiende que no le corresponde discutir acerca de la “bondad técnica”, la “oportunidad” o bien la “eficacia” de las medidas previstas. Señala que no puede entrar a valorar las consideraciones en torno al impacto real de las medidas liberalizadoras que prevé el RD-Ley. Sólo puede examinar la adecuación de las medidas previstas a la finalidad perseguida, y desde este punto de vista las medidas impugnadas no son patentemente

inadecuadas para hacer frente a un posible problema de satisfacción de la demanda. En cuanto a la remisión al reglamento, el TC expone que lo importante es que el Decreto-Ley produzca una innovación normativa efectiva, y no que el régimen jurídico introducido a través del mismo sea completo o definitivo. No se trataba de una remisión deslegalizadora y carente de plazo, que es el supuesto que el TC prohíbe por contrario al artículo 86 CE. Además, insiste en que el ordenamiento español no conoce la reserva de reglamento.

– En segundo lugar, el TC examina si el RD-Ley 7/2000, de 23 de junio, tal como sostienen las Comunidades Autónomas, vulnera sus competencias exclusivas en materia de industria y de seguridad industrial, en la medida en que incide en la ordenación de una función ejecutiva como es la prestación del servicio de ITV. El TC destaca que en este ámbito material coinciden diversos títulos competenciales: se añaden los relativos al tráfico y circulación de vehículos a motor, que asigna la competencia al Estado (artículo 149.1.21 CE); y el de bases de la ordenación económica, que ha de ser interpretado de forma estricta (artículo 149.1.13 CE).

Pues bien, la previsión del artículo 7.2 RD-Ley 7/2000, relativa a que el servicio de ITV puede ser prestado por la propia Administración competente, por sociedades de economía mixta o por los particulares, es una norma de ordenación de la actividad económica, puesto que si bien no se remite a un ámbito económico concreto, sí ostenta un carácter genérico, directivo y finalista.

Por el contrario, la previsión del mismo artículo 7.2, en el sentido que la participación de los particulares en la prestación del servicio de ITV se produce necesariamente a través de la técnica de la autorización administrativa reglada, de modo que las CCAA están obligadas a conceder la autorización a cualquier entidad que acredite el cumplimiento de los requisitos técnicos normativos, no puede considerarse que sea básica, puesto que carece del alcance genérico que permita varios desarrollos autonómicos. Ciertamente, el TC ha admitido en varias ocasiones el carácter básico de medidas singulares, de naturaleza incluso ejecutiva, por su incidencia en el desarrollo de la economía, en los objetivos de política económica del Gobierno, o en la consecución de fines propuestos dentro de la ordenación de un sector. Con todo, en el presente caso, no se puede llegar al extremo de impedir cualquier desarrollo a las CCAA. De igual modo, para el TC sería excesivo vincular el título administrativo que permite la participación de los particulares en la prestación del servicio de ITV con las garantías de la seguridad vial (artículo 149.1.21 CE). Por su parte, la competencia autonómica en materia de industria faculta a sus titulares, no sólo a regular los procesos industriales o de fabricación, sino también a ordenar los sectores industriales, lo que incluye potestades normativas. A estos efectos, las CCAA pueden dictar disposiciones complementarias de las del Estado, siempre que no violen los mandatos estatales, o impidan a éstos alcanzar sus fines.

El TC examina el resto de preceptos que han sido impugnados por las CCAA recurrentes: Disposición Transitoria del RD-Ley 7/2000, artículo 8 y Disposición Final Segunda: considera que todos ellos son constitucionales.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

– En tercer lugar, el TC considera que la aprobación del RD-Ley 7/2000 no ha supuesto una vulneración del **principio de seguridad jurídica**, por el cambio de régimen en la prestación del servicio de ITV.

En definitiva, el TC ha concluido en esta sentencia que el Gobierno del Estado tiene la competencia para imponer requisitos técnicos relativos a los vehículos inspeccionados, las instalaciones de ITV y las empresas titulares de las mismas, cuando afecten de modo directo e inmediato a la seguridad vial. El Gobierno del Estado también puede obligar a que los particulares participen en la prestación del servicio. Pero no puede obligar a que las CCAA asuman obligatoriamente una modalidad concreta de prestación; por el contrario, esta modalidad formará parte de la potestad autonómica de desarrollo, que puede alcanzar la adopción de medidas complementarias.

En su **voto particular**, al cual se adhiere Eugeni Gay, la Presidenta del TC M.<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde considera que el TC ha aceptado un concepto tan amplio de Decreto-Ley, que prácticamente lo desnaturaliza. Argumenta que la adopción de un Decreto-Ley únicamente es admisible en determinadas materias reservadas a la ley cuando, por razones de urgencia y necesidad extraordinarias, se requiere aprobar una regulación en un tiempo inferior al de la tramitación de una Ley. Por lo tanto, si era posible aprobar un reglamento sobre esa materia o sector, el Gobierno no podía acudir al Decreto-Ley, especialmente por la merma de garantías para los ciudadanos. Un ejemplo lo constituye el artículo 8 del RD-Ley enjuiciado, que deslegaliza, en unidad de acto, la materia que había empezado legalizando, la cual adquiere así un régimen jurisdiccional propio.

### 10. PESCA

**Registro Oficial de Empresas Pesqueras en Países Terceros. La no inscripción constituye un incumplimiento en las obligaciones de los beneficiarios de una subvención.**

La **STS de 22 de junio de 2005**, Ar. 5324, desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de abril de 2003, que, a su vez, había desestimado el recurso contencioso interpuesto contra la Resolución de la Secretaría General de Pesca Marítima de 25 de junio de 2001. En esta disposición, se resolvió dar de baja en el Registro Oficial de Empresas Pesqueras en Países Terceros a la Empresa SSFICO I y el reintegro al tesoro público de la subvención que le fue concedida con motivo de la constitución de una sociedad de economía mixta en Sudán.

La sentencia, que no da la razón al recurrente, afirma que el beneficiario de una subvención no puede alterar su condición, mediante comportamientos como la venta de acciones, sin garantizar que la nueva empresa cumpla los requerimientos y obligaciones que a él le corresponden. La subvención está sujeta a los fines que justificaron su concesión, por lo tanto, su obligación, al alterar los datos consignados en el registro, era precisamente la de comunicar dicho cambio a la Administración en el plazo de seis meses, por lo que

no puede achacársele a la autoridad administrativa la falta de actuación frente al tercero, ajeno a la subvención y del que no tenía noticia alguna.

## 11. SERVICIOS PÚBLICOS

### A) Ayudas estatales y obligaciones de servicio público

La STPI de 15 de junio de 2005, As. T-17/02, Olsen, resuelve un recurso de anulación interpuesto por Fred Olsen, S.A., una empresa española dedicada al transporte marítimo de personas que competía con Transmediterránea, SA. La decisión recurrida se pronunciaba sobre una subvención otorgada a esta última por la Comunidad Autónoma canaria, en concepto de compensación económica por los déficit generados por la explotación de determinadas líneas de transporte marítimo entre las islas del archipiélago durante 1998, y concluía que, a pesar de tratarse de una ayuda de Estado que debía haber sido notificada como ayuda nueva, estaba amparada por la excepción prevista por el artículo 86.2 Tratado CE. La Comisión llegó a esta conclusión porque la compensación abonada a Trasmediterránea era ligeramente inferior al importe estimado del coste adicional del servicio público, calculado tomando únicamente en consideración el coste de los servicios prestados por la citada compañía para dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el Decreto autonómico 113/1998, regulador de las obligaciones de servicio público, y deduciendo del importe total de ese coste los ingresos generados por la explotación de esos servicios.

Lo primero que llama la atención de la sentencia citada es que no rechaza el planteamiento de la Comisión en virtud del cual las subvenciones destinadas a financiar el déficit del cumplimiento de una obligación de servicio público han de ser consideradas ayudas públicas con independencia de que su importe sea inferior a dicho déficit, de modo tal que su justificación ha de pasar necesariamente por el artículo 86.2 Tratado CE. De acuerdo con una jurisprudencia reciente del TJCE y del TPI, si una intervención estatal debe considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma que estas empresas no gozan, en realidad, de una ventaja financiera y que, por tanto, dicha intervención no tiene por efecto situarlas en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras, tal intervención no constituye una ayuda de Estado (SSTPI de 16 de septiembre de 2004, As. T-274/01, Valmont, y de 16 de marzo de 2004, As. T-157/01, Danske, y SSTJCE de 24 de julio de 2003, As. C-280/00, Altmark Trans, y de 27 de noviembre de 2003, As. acumulados C-34/01 a C-38/01, Enirisorse).

Sin embargo, la sentencia admite por principio la calificación de la subvención como ayuda, concluyendo a continuación que está amparada por el artículo 86.2 Tratado CE. Son cinco las cuestiones destacables que plantea la sentencia en relación con este precepto. En primer lugar, el tribunal recuerda que a las empresas encargadas de la gestión de un servicio de interés económico general se les debe haber confiado esta misión mediante

## XIV. Derecho Administrativo Económico

un acto de los poderes públicos, sin que ello se vea afectado por la circunstancia de que dicha misión se confíe a dicha empresa a petición suya. En efecto, una de las formas de encomendar a un operador una misión de servicio público es la concesión, que sólo puede otorgarse con el consentimiento del concesionario. En consecuencia, la intervención del operador encargado de una misión de servicio público en el procedimiento mediante el que se le confiere tal misión, y, en particular, el hecho de que éste se inicie mediante solicitud, no impide considerar que dicha misión emana de un acto del poder público (apartados 186 y siguientes). En segundo término, tampoco se desprende del tenor literal del artículo 86.2 Tratado CE, ni de la jurisprudencia relativa a este precepto, que sólo pueda encomendarse una misión de interés general a un operador a través de un procedimiento de concurso público (apartado 239). En tercer lugar, al localizarse el problema en el artículo 86.2 y no en el artículo 87.1 Tratado CE, no resulta de aplicación el requisito en virtud del cual las obligaciones de servicio público deben estar claramente especificadas. Este requisito sólo se aplica a efectos de determinar si el reembolso de las pérdidas de explotación directamente derivadas del cumplimiento de determinadas obligaciones de servicio público no constituye ayuda de Estado en el sentido del último precepto citado. Aun así, en el asunto controvertido el Tribunal considera que el contrato de gestión indirecta define con suficiente precisión las citadas obligaciones, al fijar las rutas a realizar, las frecuencias y las características de los buques, y sin que ello se vea además desmentido por el hecho de que *Transmediterránea* goce de una cierta libertad de acción en el mercado (apartados 200 y siguientes). En cuarto lugar, la sentencia recuerda que, según expone la Comisión en el punto 22 de su Comunicación sobre los servicios de interés general en Europa (DO 2001, C 17, p. 4), los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de definir lo que consideran servicios de interés económico general. En consecuencia, la definición de estos servicios por parte de un Estado miembro sólo puede ser cuestionada por la Comisión en caso de error manifiesto, que, en opinión del Tribunal, no concurre en el asunto controvertido (apartados 215 y siguientes). Por último, la sentencia acepta que el coste adicional derivado de la prestación del servicio público se pueda calcular válidamente sobre la base de los costes de un operador estándar, tal y como hace la Decisión impugnada, en vez de sobre la de los costes reales soportados por *Transmediterránea* en la prestación de dicho servicio, como proponía la demandante. Al tratarse de la apreciación de hechos económicos complejos, la Comisión dispone de una amplia facultad de apreciación en cuanto a la evaluación de los costes adicionales generados por el servicio de que se trata. De ello se deduce que el control que el Tribunal ha de ejercer sobre la apreciación de la Comisión debe limitarse a verificar la exactitud material de los hechos y la inexistencia de error manifiesto de apreciación. No obstante, advierte el Tribunal que, si se hubiera demostrado que los costes objetivos que tuvo en cuenta la Comisión eran indebidamente altos, la Decisión hubiera podido estar viciada por un error manifiesto de apreciación (apartados 265 y siguientes).

### B) Monopolio comercial de distribución de medicamentos

La STJCE de 31 de mayo de 2005, As. C-438/02, *Hanner*, se pronuncia sobre la compatibilidad con el Tratado CE del régimen aplicable en Suecia a la distribución de medi-

camentos. De acuerdo con este último, la venta al por menor de medicamentos, con o sin receta, sólo puede ser efectuada por el Estado o por personas jurídicas sobre las que éste ejerza una influencia determinante. En particular, el Gobierno sueco había confiado a Apoteket, una sociedad por acciones controlada por él, el desarrollo de la citada actividad. El Tribunal de Justicia constata, con carácter preliminar, que dicho régimen constituye un monopolio nacional de carácter comercial, en el sentido del artículo 31.1 Tratado CE, ya que Apoteket realiza una actividad comercial que le está reservada de manera exclusiva por la legislación sueca, y, además, en el desarrollo de dicha actividad Apoteket está sujeta al control del Estado, tanto por la participación mayoritaria de éste en el capital de la sociedad como por la estructura de gestión de ésta. En tal situación, es jurisprudencia reiterada que el artículo 31.1 Tratado CE, si bien no exige la supresión total de los monopolios nacionales de carácter comercial, prescribe su adecuación de tal manera que quede asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado. El artículo 31.1 Tratado CE tiene por objeto conciliar la posibilidad de que los Estados miembros mantengan determinados monopolios de carácter comercial, como instrumentos para el logro de objetivos de interés público, con las exigencias del establecimiento y del funcionamiento del mercado común. Pretende suprimir los obstáculos a la libre circulación de mercancías, con excepción, no obstante, de los efectos restrictivos sobre los intercambios que son inherentes a la existencia de los monopolios de que se trata.

Por lo que respecta, en particular, a los monopolios de venta, el Tribunal de Justicia viene declarando que no se admiten los monopolios organizados de modo tal que el comercio de mercancías procedentes de otros Estados miembros resulte desfavorecido, de hecho o de Derecho, en relación con el de las mercancías nacionales. Para resultar admisible, el régimen legal debe satisfacer tres requisitos: primero, el sistema de selección de un monopolio de venta debe ser transparente y basarse en criterios independientes del origen de los productos, para lo cual debe establecer tanto la obligación de motivar las decisiones como un procedimiento de control independiente; segundo, la red de venta de dicho monopolio debe estar organizada de modo que el número de lugares de venta no esté limitado hasta el extremo de comprometer el abastecimiento de los consumidores; y tercero, las medidas de comercialización y de publicidad del citado monopolio deben ser imparciales e independientes del origen de los productos y deben velar por que los nuevos productos sean conocidos por los consumidores. Conforme a la sentencia comentada, en el asunto controvertido no concurren estos requisitos. El régimen sueco no establece ni un plan de compras ni un sistema de licitaciones, en el marco de los cuales los productores cuyos medicamentos no se seleccionen tengan derecho a que se les comuniquen los motivos de la decisión. Tampoco prevé la posibilidad de impugnar dicha decisión ante un organismo de control independiente. Por el contrario, según el citado convenio, Apoteket parece tener en principio total libertad para seleccionar un surtido de medicamentos de su elección. La sentencia concluye afirmando que el modo de organización y funcionamiento de Apoteket, y más concretamente su sistema de selección de medicamentos, pueden perjudicar al comercio de medicamentos procedentes de otros Estados miembros en relación con el de los medicamentos suecos. Por consiguiente, este

## XIV. Derecho Administrativo Económico

monopolio nacional no está organizado de manera que se excluya cualquier discriminación de los medicamentos procedentes de otros Estados miembros, y por ello infringe el artículo 31.1 Tratado CE (apartados 32 y siguientes).

Finalmente, el Gobierno sueco sostenía que el régimen de venta controvertido podía justificarse, toda vez que Apoteket estaría encargada de la gestión de un servicio de interés económico general, a saber, la venta de medicamentos a precios uniformes en todo el territorio sueco. El Tribunal admite que, con carácter general, el artículo 86.2 Tratado CE puede invocarse para justificar la concesión, por parte de un Estado miembro a una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general, de derechos exclusivos contrarios al artículo 31.1 Tratado CE, en la medida en que el cumplimiento de la misión específica a ella confiada no pueda garantizarse sino mediante la concesión de tales derechos y siempre que el desarrollo de los intercambios no resulte afectado de una forma contraria al interés de la Comunidad. Sin embargo, la sentencia concluye que un régimen de venta como el que es objeto del procedimiento principal no puede justificarse con arreglo al artículo 86.2 Tratado CE, si no existe un sistema de selección que excluya cualquier discriminación de los medicamentos procedentes de otros Estados miembros (apartados 47 y siguientes).

### **C) Mercados eléctricos y acceso privilegiado a la red de transmisión transfronteriza**

La STJCE de 7 de junio de 2005, As. C-17/03, *VEMW*, se pronuncia sobre la regulación neerlandesa del sector eléctrico y, en particular, acerca de la previsión de que el gestor de la red reservara con carácter prioritario una determinada capacidad de importación de electricidad a SEP, empresa sucesora de la tradicional monopolista, con el objeto de que ésta pudiera hacer frente a los contratos de adquisición de electricidad que había celebrado con productores extranjeros para cumplir la misión de interés general que le había sido encomendada conforme a su Derecho interno. La Directiva 96/92/CE exige que la actuación del gestor de la red y la del propio Estado en la organización del acceso a la red no sean discriminatorias. La prohibición de discriminación requiere que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que tal diferenciación esté objetivamente justificada. El Tribunal parte de que un acceso prioritario a la red de transmisión transfronteriza de electricidad, como el concedido a SEP, constituye un trato diferente. La sentencia reconoce que la propia Directiva prevé en su artículo 24 la posibilidad de aplicar, con arreglo a determinados requisitos, un régimen transitorio de carácter excepcional. En virtud de esta disposición, los Estados miembros pueden solicitar excepciones cuando exista la posibilidad de que no puedan cumplirse los compromisos asumidos o las garantías de funcionamiento concedidas antes de la entrada en vigor de dicha Directiva como consecuencia de la aplicación de sus disposiciones. Sin embargo, el Reino de los Países Bajos no acudió a la posibilidad que le brindaba este precepto. Pues bien, el procedimiento, los criterios y los límites previstos en el artículo 24 de la Directiva carecerían de sentido si se admitiera que un Estado miembro pudiera, acogiéndose al artículo 86.2 Tratado CE, aplicar unilateralmente y sin respetar dicho procedimiento un trato diferente a los importadores de electricidad en razón de consideraciones que precisamente habrían

podido justificar, con arreglo al artículo 24 de la Directiva, una excepción al régimen de la Directiva. En definitiva, la sentencia sostiene que la Directiva genera una suerte de efecto de preclusión con respecto a esa norma del Derecho originario (apartados 47 y siguientes).

## 12. TELEVISIÓN

La **STC 329/2005, de 15 de diciembre** (ponente: Elisa Pérez Vera), resuelve tres recursos de inconstitucionalidad promovidos por Diputados del grupo parlamentario socialista en relación con la normativa reguladora de la transmisión de señales de televisión, y de liberalización del sector, que fue aprobada a lo largo del año 1997. La sentencia destaca por el análisis acerca de los requisitos que habilitan la aprobación de decretos-leyes por el Gobierno.

En particular, la sentencia se centra en el Real Decreto-Ley 1/1997, de 31 de enero, convertido en la Ley 17/1997, de 3 de mayo, en virtud del artículo 86.3 CE, y que a su vez fue modificada por el Real Decreto-Ley 16/1997, de 13 de septiembre. Por otra parte, sobre estas normas ha incidido la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Precisamente el TC valora en primer término la incidencia que tal sucesión de normas pueda tener sobre una eventual desaparición del objeto de los recursos de inconstitucionalidad. Tras recordar con detalle su jurisprudencia al respecto (en concreto las SSTC 134/2004 y 155/2005), así como el contenido de esas normas, y las modificaciones que han sufrido, el TC concluye que el análisis debe ceñirse al RD-Ley 1/1997, y al RD-Ley 16/1997, por el posible incumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 86.1 CE: en primer lugar, por la inexistencia del presupuesto habilitante “extraordinaria y urgente necesidad”; y en segundo lugar, por la “afectación” de los derechos contenidos en el artículo 20.1.a) y d) CE.

En cuanto al primero de estos dos requisitos, y nuevamente tras exponer con detalle su doctrina anterior, el TC recuerda que corresponde a los órganos políticos, que son el Gobierno y el Congreso de los Diputados en su función de control, la definición de lo que sea en cada caso la “extraordinaria y urgente necesidad”. El TC no puede enjuiciar los criterios políticos, ni tomar en consideración circunstancias históricas o políticas. Ello no quiere decir, añade el TC, que la cláusula del artículo 86.1 CE esté vacía de contenido: en la Exposición de Motivos del decreto-ley, en el propio articulado y, en su caso, en el trámite de conversión en ley, deben acreditarse de forma expresa y razonada los motivos de necesidad y urgencia que han llevado a la aprobación del decreto-ley. Además, debe existir una conexión de sentido o relación de adecuación entre la finalidad que se persigue con esta norma excepcional, y las medidas que se adoptan. El control externo que realice posteriormente el TC se centrará en los motivos jurídicos que esgriman las partes, y consistirá en una valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar esta disposición excepcional.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

La aplicación de esta doctrina al caso concreto permite constatar, según el TC, que se ha acreditado la extraordinaria y urgente necesidad: el Decreto-Ley perseguía incorporar (con retraso) la Directiva 95/47/CE, de 24 de octubre, al ordenamiento español; favorecer la libertad de competencia; y ampliar la libertad de elección de los usuarios de los canales de televisión (FJ 6º). Para el TC, el hecho que parte del articulado del Decreto-Ley pudiera haber sido regulado por medio de un reglamento es irrelevante, puesto que el ordenamiento español no conoce la reserva de reglamento. Además, prosigue el TC, las medidas adoptadas mediante el Decreto-Ley resultan idóneas y adecuadas para alcanzar el fin propuesto (FJ 7º).

En cuanto a la posible afectación de los derechos contenidos en el artículo 20.1.a) y d) CE, el TC señala que el Real Decreto-Ley impugnado no efectúa una regulación completa de los mismos, ni establece el régimen de sus elementos esenciales, por lo que no cabe considerar que se haya vulnerado lo previsto en el artículo 86 CE. A estos efectos, el TC precisa que la libertad del legislador para disciplinar los soportes técnicos y los instrumentos de comunicación es mayor que cuando se trata de regular los derechos fundamentales en sí mismos. Esta conclusión, que el TC realiza con relación al RD-Ley 1/1997, resulta igualmente de aplicación para el RD-Ley 16/1997.

En la medida que el TC aplica su doctrina anterior sobre los requisitos exigidos a los Decretos-Leyes, la Presidenta M<sup>a</sup>. Emilia Casas Baamonde reproduce su voto particular discrepante, al cual se adhiere Eugeni Gay.

### 13. TRANSPORTE. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO CAUSADO POR TRANSPORTE MARÍTIMO DE HIDROCARBUROS. SINIESTRO DEL BUQUE “PRESTIGE”

La STS de 22 de junio de 2005, Ar. 6547, desestima el recurso contencioso interpuesto por la Cofradía de Pescadores “San Bartolomé” de Noia contra determinados preceptos del Real Decreto 1053/2003, de 1 de agosto, por el que se aprueban las normas de desarrollo del Real Decreto-Ley 4/2003, de 20 de junio, para paliar los daños ocasionados por el siniestro del buque petrolero “Prestige”.

Los preceptos reglamentarios impugnados eran, en concreto, el artículo 3.1 y 2 (“Actuaciones para la valoración de daños susceptibles de estimación objetiva”), artículo 4.1 y 2 (“Actuaciones para la valoración de daños susceptibles de estimación directa”), artículo 5.1 y 2 (“Suscripción de acuerdos transaccionales”) y artículo 7.1, 2 y 3 (“Convenios de colaboración”).

La argumentación de la parte recurrente se basa en que, a su juicio, el Real Decreto 1053/2003 vulnera flagrantemente el contenido y alcance estricto del Real Decreto-Ley 4/2003. Vulneración que se produciría especialmente respecto a la valoración y determinación de la cantidad indemnizatoria que debe abonarse a los afectados. En su opinión, tanto en relación con los tipos de daños susceptibles de ser resarcidos por la vía del Real Decreto-Ley, como respecto de la valoración y determinación de las cantidades a pagar,

el reiterado Real Decreto-Ley se remite a los criterios de evaluación establecidos por los Convenios Internacionales de Responsabilidad civil y por el FIDAC. En el Decreto impugnado, en cambio, el Gobierno cambia los parámetros inicialmente previstos para la valoración de los daños indemnizables, por un sistema en el que se conjuga la valoración objetiva según la categoría profesional del afectado y una estimación directa de los daños. Asimismo, se argumenta que, al apartarse del FIDAC y de la fijación de los daños e identificación de los perjudicados a través de métodos de cooperación técnica, se transfiere al Consorcio de Seguros, al Ministerio de Hacienda y a la Oficina del Comisionado de Gobierno el establecimiento de los criterios para la valoración objetiva de los daños.

El Tribunal Supremo rechaza los argumentos del recurrente. En realidad, se limita a remitirse a su sentencia de 18 de mayo de 2005, cuyos fundamentos jurídicos reproduce en su totalidad, puesto que ya, en aquella ocasión, se resolvió otro recurso contra los mismos preceptos y por idénticas razones.

Entre las muchas consideraciones que contiene la sentencia remitida, destacamos las siguientes. Se afirma, de entrada, que las medidas adoptadas por el Gobierno para paliar los efectos provocados por la catástrofe no constituyen reconocimiento de responsabilidad del Estado por tales efectos, y se adoptan sin perjuicio del derecho que a éste le asiste para reclamar de los responsables el importe de las indemnizaciones que correspondan. Y sostiene también que las normas internacionales que se consideran inaplicadas por la recurrente no regulan ni determinan los criterios evaluativos de la responsabilidad, por lo que en este concreto aspecto no puede entenderse que el Real Decreto-Ley 4/2003 ha hecho una remisión a los mismos. Lo que sí hace esta norma, en cambio, es precisar que la valoración y determinación de la cantidad que deba abonarse se realizará de acuerdo con los criterios de evaluación utilizados para la aplicación del Convenio Internacional del FIDAC y del general sobre responsabilidad civil de daños debidos a contaminación por hidrocarburos.

**LUIS ARROYO**

**TOMÁS FONT**

**ALFREDO GALÁN**

**ELISENDA MALARET**

**JOSEP MOLLEVI**

**JOAQUÍN TORNOS**

**XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD****Sumario:**

**1. Consumo.** A) El precepto de la Directiva 2002/2, que obliga a los fabricantes de piensos compuestos, a petición del cliente, a comunicarle la composición exacta de un pienso, es nulo por vulnerar el principio de proporcionalidad. B) Interpretación del concepto de “puesta en circulación” en la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. **2. Deporte.** A) Las asociaciones sin ánimo de lucro en la medida en que estén relacionadas con la práctica del deporte y se presten a personas que practiquen el deporte están exentas del IVA por razones de interés general. **3. Educación.** A) No universitaria. a) Integración del personal de ikastolas en las corporaciones locales del municipio en que radican los centros escolares y autonomía local. B) Universitaria. a) La vinculación contractual universitaria como causa de abstención de Magistrado. b) Legalidad del Estatuto del Becario de Investigación. **4. Extranjeros.** A) Permiso de trabajo y de residencia. B) Denegación de entrada y expulsión. C) Extradición. D) Asilo y condición de refugiado. **5. Sanidad.** A) Legalidad de Decreto autonómico de sanidad mortuoria. B) Legalidad del Reglamento que actualiza la regulación de la formación médica especializada. C) Legalidad del Reglamento sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios. **6. Seguridad privada.** A) Múltiples preceptos de la Ley de Seguridad Privada y de su Reglamento de desarrollo vulneran el Derecho Comunitario.

**1. CONSUMO**

**A) El precepto de la Directiva 2002/2, que obliga a los fabricantes de piensos compuestos, a petición del cliente, a comunicarle la composición exacta de un pienso, es nulo por vulnerar el principio de proporcionalidad**

La STJCE de 6 de diciembre de 2005, Asuntos Acumulados C-453/03, C-11/04, C-12/04 y C-194/04, responde a varias cuestiones prejudiciales planteadas desde Holanda, Italia y Reino Unido. Al respecto se recuerda la jurisprudencia reiterada en torno al principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho

comunitario, y del que se deriva que los medios de aplicación de una disposición comunitaria sean aptos para alcanzar el objetivo propuesto, pero a la vez no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo.

Las demandantes en los procedimientos principales, apoyadas por los Gobiernos español y del Reino Unido, alegan esencialmente que la comunicación de la composición exacta de los piensos lesiona gravemente sus derechos e intereses económicos y no es necesaria para la protección de la salud habida cuenta de la normativa ya existente en el sector de los piensos. A este propósito, invocan otras disposiciones de la Directiva 79/373, en su versión modificada por la Directiva 2002/2, en particular el artículo 5, apartado 5, letra d), que impone la indicación del número de referencia del lote, y el artículo 12, que obliga a los fabricantes a poner a disposición de las autoridades nacionales competentes todo documento relativo a la composición de los alimentos. A juicio de las demandantes en los procedimientos principales, estas dos obligaciones, cuya necesidad no discuten, permiten garantizar el control de los piensos respetando los intereses económicos de los fabricantes, dado que las citadas autoridades están sujetas al deber de confidencialidad y sólo pueden utilizar la información recibida para preservar la salud pública.

En cambio, los Gobiernos italiano, neerlandés, danés, helénico y francés, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión estiman que la exigencia de indicar los porcentajes de los ingredientes que componen un pienso no viola el principio de proporcionalidad, habida cuenta del objetivo de salud pública que se persigue.

Por su parte, el Tribunal de Justicia da la razón a los demandantes, teniendo en cuenta que la obligación impuesta de proporcionar a los clientes la indicación exacta de los componentes de un alimento puede lesionar gravemente los intereses económicos de los fabricantes, dado que obliga a éstos a divulgar las fórmulas de composición de sus productos, con el riesgo de que dichos productos sean utilizados como modelo, eventualmente por los propios clientes, y los citados fabricantes no puedan obtener los beneficios de las inversiones realizadas en investigación e innovación. Entiende el Tribunal que tal obligación no está justificada por el objetivo de protección de la salud que se persigue y va manifiestamente más allá de lo necesario para alcanzarlo. Procede señalar, en especial, que esta obligación es independiente de cualquier problema de contaminación de los piensos y debe cumplirse de conformidad con el precepto cuestionado de la Directiva con la mera petición del cliente.

Además, de las explicaciones proporcionadas y de los ejemplos presentados al Tribunal de Justicia se desprende que la indicación en la etiqueta de los porcentajes por franjas debería normalmente permitir la identificación de un pienso sospechoso de estar contaminado, para evaluar su peligrosidad en función del peso indicado y decidir eventualmente su retirada provisional a la espera del resultado de los análisis de laboratorio o para que las autoridades públicas interesadas sigan el rastro del producto. Por último, con independencia de los procedimientos de control establecidos en el Reglamento núm. 178/2002, adoptado el mismo día que la Directiva 2002/2, es preciso recordar que el artículo 1,

número 5, de ésta dispone que los fabricantes de piensos compuestos deberán poner a disposición de las autoridades encargadas de efectuar los controles oficiales, a petición de éstas, todo documento relativo a la composición de los alimentos destinados a ser puestos en circulación que permita comprobar la veracidad de la información que figure en el etiquetado. Por todo ello, procede declarar que el artículo 1, número 1, letra b), de la Directiva 2002/2, que obliga a los fabricantes de piensos compuestos, a petición del cliente, a comunicarle la composición exacta de un pienso, es nulo a la luz del principio de proporcionalidad.

### **B) Interpretación del concepto de “puesta en circulación” en la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos**

La STJCE de 9 de febrero de 2006, As. C-127/04, tiene por objeto responder a una cuestión prejudicial planteada desde Gran Bretaña. En concreto el Tribunal de Justicia determina que el artículo 11 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, debe interpretarse en el sentido de que un producto se pone en circulación cuando sale del proceso de fabricación establecido por el productor y entra en el proceso de comercialización quedando a disposición del público con el fin de ser utilizado o consumido.

Al efecto, cuando se interpone una acción contra una empresa por considerar erróneamente que es la fabricante de un producto cuando la productora es, en realidad, otra empresa, corresponde, en principio, al Derecho nacional establecer los requisitos conforme a los cuales se puede producir una sustitución procesal de las partes en el marco de una acción de este tipo. El órgano jurisdiccional nacional que examina los requisitos a los que se supedita esta sustitución debe velar por el respeto del ámbito de aplicación *ratione personae* de la Directiva 85/374, tal como éste está determinado en sus artículos 1 (“el productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos”) y 3.

En concreto el artículo 3 de la Directiva, establece el concepto de productor como la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto. Además, sin perjuicio de la responsabilidad del productor, toda persona que importe un producto en la Comunidad con vistas a su venta, alquiler, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad comercial será considerada como productor del mismo y tendrá la misma responsabilidad que el productor. Por último, si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informara al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable. Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en éstos no estuviera indicado el nombre del importador, aunque se indique el nombre del productor.

## 2. DEPORTE

### **A) Las asociaciones sin ánimo de lucro en la medida en que estén relacionadas con la práctica del deporte y se presten a personas que practiquen el deporte están exentas del IVA por razones de interés general**

La STJCE de 12 de enero de 2006, As. C-246/04, responde a una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal austriaco, teniendo por objeto la interpretación de las disposiciones del artículo 13, parte B, letra b), y parte C, de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios – Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme (DO L 145, p. 1; EE 09/01, p. 54). El órgano jurisdiccional nacional pregunta, en esencia, si las disposiciones del artículo 13, parte B, letra b), y parte C, de la Sexta Directiva se oponen a una norma nacional que, al declarar exentas con carácter general las operaciones realizadas por las asociaciones deportivas sin ánimo de lucro, restringe el derecho de éstas a optar por la tributación de las operaciones de arrendamiento y alquiler.

El Tribunal de Justicia recuerda que la Sexta Directiva no contiene una regla que exima con carácter general la totalidad de las prestaciones relacionadas con la práctica del deporte y de la educación física (véase, en este sentido, la Sentencia de 18 de enero de 2001, Stockholm Lindöpark, C-150/99, apartado 22). En efecto, las operaciones efectuadas por las asociaciones deportivas sin ánimo de lucro están exentas, como operaciones de interés general, en virtud del artículo 13, parte A, apartado 1, letra m), de la Sexta Directiva, siempre que estén directamente relacionadas con la práctica del deporte o de la educación física y que se presten a personas que practiquen el deporte o la educación física (véase, en este sentido, la Sentencia de 7 de mayo de 1998, Comisión/España, C-124/96, apartado 15). En el marco de la presente remisión, el órgano jurisdiccional nacional considera que el alquiler de un bien inmueble destinado a la explotación de un bar no constituye ni una prestación directamente relacionada con la práctica del deporte ni una prestación a personas que practiquen el deporte o la educación física.

Así, puede existir una violación del principio de neutralidad fiscal si una asociación deportiva que tiene por objeto estatutario el ejercicio o la promoción de la educación física no tiene la posibilidad de optar por la tributación, mientras que disponen de dicha posibilidad otros sujetos pasivos que ejercen unas actividades similares y que, por ello, compiten con las de la referida asociación. Con el fin de determinar si se han sobrepasado los límites de dicha facultad de apreciación en el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente debe verificar también si se ha violado la exigencia de aplicación correcta, simple y uniforme de las exenciones previstas. A tal efecto, se debe prestar especial atención al hecho de que el sistema de exenciones establecido por la Sexta Directiva sólo prevé un trato diferente para las operaciones efectuadas por las asociaciones sin ánimo de lucro en la medida en que estén relacionadas con la práctica del deporte y se presten a personas que practiquen el deporte. Por tanto, procede responder a la cuestión planteada que el órgano jurisdiccional nacional debe determinar si se sobrepasa la facultad de apreciación

concedida a los Estados miembros con una norma nacional que, al declarar exentas con carácter general las operaciones efectuadas por las asociaciones deportivas sin ánimo de lucro, restringe el derecho de éstas a optar por la tributación de las operaciones de arrendamiento y alquiler, habida cuenta, en especial, del principio de neutralidad fiscal y de la exigencia de aplicación correcta, simple y uniforme de las exenciones previstas.

### 3. EDUCACIÓN

#### A) No universitaria

##### a) Integración del personal de ikastolas en las corporaciones locales del municipio en que radican los centros escolares y autonomía local

La STC 252/2005, de 11 de octubre, desestima una cuestión de inconstitucionalidad relativa a una supuesta violación, por parte de una Ley del Parlamento Vasco, de la autonomía local constitucionalmente garantizada al establecer que el personal que desempeñe funciones de vigilante, subalterno, mantenimiento o limpieza se integre, en algunos casos, en la plantilla laboral de la corporación local donde radique físicamente la ikastola que se integra en la red pública. El Alto Tribunal interpreta que el criterio estrictamente territorial es, además de objetivo, el que se corresponde habitualmente con el ámbito del interés local más inmediato.

#### B) Universitaria

##### a) La vinculación contractual universitaria como causa de abstención de Magistrado

La STC 306/2005, de 12 de diciembre, otorga el amparo por no haberse abstenido de intervenir en un recurso contencioso-administrativo un Magistrado que era, a la vez, profesor asociado y miembro del Consejo de Departamento que adoptó el acuerdo recurrido.

##### b) Legalidad del Estatuto del Becario de Investigación

La STS de 28 de junio de 2005, Ar. 5106, desestima un recurso directo interpuesto por un sindicato contra el Real Decreto 1326/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Becario de Investigación, al interpretar que el Gobierno no se había extralimitado en tal regulación reglamentaria ni había vulnerado el principio de legalidad.

### 4. EXTRANJEROS

#### A) Permiso de trabajo y de residencia

La STS de 22 de marzo de 2005, Ar. 5678, anula una denegación de la renovación del permiso de trabajo y residencia atendiendo a la “actitud del recurrente de mantenerse en

situación de activo, dentro del complejo y peculiar —por su inestabilidad— marco de la contratación laboral agrícola”.

La STS de 24 de mayo de 2005, Ar. 5765, reitera su anterior interpretación (vid. STS de 6 de abril de 2004, Ar. 3382) en la que se admite la posibilidad de ofertas de trabajo nominativas a extranjeros, a pesar de la existencia del denominado contingente. Este mismo criterio, con mayor despliegue argumental, se recogerá también en la STS de 28 de junio de 2005, Ar. 5220.

### **B) Denegación de entrada y expulsión**

En primer lugar, tenemos que hacer referencia a varias SSTC 303/2005, de 24 de noviembre, 315 a 321/2005, de 12 de diciembre y 342/2005, de 21 de diciembre, que deniegan los recursos de amparo planteados contra sendas inadmisiones de *habeas corpus*, por interpretar que el internamiento previo a la expulsión había sido adoptado, precisamente, por una resolución judicial, en la que se habían respetado todas las garantías. Así, pues, “la finalidad del *habeas corpus*, que no es sino la puesta a disposición judicial de quien puede haberse visto privado ilegalmente de su libertad, se había alcanzado ya con la aplicación al caso de la Ley de extranjería”.

En la STJCE de 31 de enero de 2006, As. Comisión contra España, C-503/03, se vuelve a interpretar y aplicar la conocida Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificados por razones de orden público, seguridad y salud pública; en este caso por la denegación del visado, así como de la entrada en el territorio español a dos nacionales de países terceros, miembros de una familia de ciudadanos de la Unión Europea, por el mero hecho de estar incluidos en la lista de no admisibles del Sistema de Información Schengen (a instancia de un Estado miembro), así como al no haber motivado suficientemente dichas denegaciones de visado y entrada. A estos efectos, el Tribunal de Luxemburgo considera que la denegación de visado y entrada, en estos casos, sólo puede hacerse tras haber comprobado precisamente que su presencia constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad (esto es, los mismos criterios ya conocidos para la interpretación estricta de la invocación del “orden público” para oponerse a la entrada o expulsar a un ciudadano de otro país miembro de la Unión Europea).

Las SSTS de 1 de abril y 18 de julio de 2005, Ar. 5674 y 5476, reiteran jurisprudencia anterior, interpretando que “lo que las normas imponen a los viajeros que pretendan la entrada en el país es (1) manifestar un motivo lícito de entrada y (2) justificar documentalmente la verosimilitud de tal motivo; pero en el bien entendido sentido de que esta exigencia, accesoria y documental, en modo alguno es exigible en todo caso, sino sólo ‘en su caso’; esto es, ‘en caso de duda’ sobre el motivo que previamente se ha manifestado, dicho de otro modo, sólo estas situaciones son las que habilitan a los funcionarios

encargados de los puestos fronterizos —en el marco de la discrecionalidad que la norma contiene— para la tan reiterada exigencia documental”.

Finalmente, un buen número de sentencias reitera el criterio ya recogido en anteriores crónicas, consistente en considerar contrario a la prohibición de *bis in idem* la expulsión de extranjeros por hechos por los que se sigue un proceso penal en el que no haya recaído aún Sentencia penal (SSTS de 23, 27 y 31 de mayo y 21 y 23 de junio de 2005, Ar. 5707, 5603, 5759, 5746, 5931, 5932, 5936, y 5036).

### C) Extradición

La STC 292/2005, de 10 de noviembre (del Pleno del Tribunal Constitucional), concede el amparo contra la extradición de un nacional español a Francia por falta de publicidad de la norma internacional en la que se fundaba —en el caso, la declaración francesa que habría dejado sin efecto la reserva al Convenio de 1957—; publicación en el BOE que se hizo con posterioridad al Auto de la Audiencia Nacional objeto de recurso. Esta misma interpretación se ratificará en la posterior STC 328/2005, de 12 de diciembre.

Por su parte, la STS de 31 de mayo de 2005, Ar. 5531, resuelve la impugnación de un Acuerdo del Consejo de Ministros sobre no tramitación de solicitud de extradición activa de 40 personas residentes en la República Argentina. En primer lugar, desecha la excepción de inadmisibilidad por falta de jurisdicción (al tratarse de un acto del Gobierno propio de la política exterior del mismo, en opinión del Abogado del Estado). A continuación, tras una extensa exégesis de las normas que regulan la extradición activa, anulará la denegación gubernamental declarando que el Consejo de Ministros, previa comprobación de que la solicitud de extradición emitida por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 reunía las condiciones legalmente exigidas, deberá cursar la misma por vía diplomática al Gobierno de Argentina, para que, tramitada tal petición conforme a su Derecho interno, comunique al Gobierno de España su decisión respecto de la extradición solicitada. Ahora bien, debe señalarse que al parecer mayoritario de esta Sentencia le acompaña un voto particular discrepante suscrito por dos Magistrados.

### 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, 30 y 31 de mayo, 21 y 23 de junio y 7 de julio de 2005, Ar. 5712, 5758, 5597, 5601, 5602, 5754, 5744, 5747, 5751, 5752, 5935, 5941, 5942, 5925, 5166, 5167 y 5168). 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 29 de abril, 23, 27 y 30 de mayo, 21 y 23 de junio y 7 y 22 de julio de 2005, Ar. 5726, 5710, 5711, 5756, 5757, 5599, 5753, 5000, 5933, 5934, 5938, 5940, 5943, 5948, 5949, 5003, 5035, 5037, 5164, 5169 y 5632).

Alguna otra Sentencia ha rechazado la denegación al recibimiento a prueba, propuesto en el procedimiento administrativo de solicitud de asilo, por considerar que se trataba de hechos relevantes y determinantes (SSTS de 23 de mayo y 23 de junio de 2005, Ar. 5708, 5713 y 5926).

Otros pronunciamientos, por su parte, han ratificado la denegación del asilo (SSTS de 30 de mayo, y 7 y 22 de julio de 2005, Ar. 5600, 5164 y 5634).

Pero también encontramos alguna otra sentencia que merece una referencia por su contenido concreto. Así, varias analizan las *razones humanitarias* como causa de autorización de permanencia en España (pese a no reunirse los requisitos para la obtención del asilo solicitado), si bien para desestimar la concurrencia de este supuesto (SSTS de 30 de mayo, 21 de junio y 22 de julio de 2005, Ar. 5598, 5946 y 5633). En este sentido, la STS de 23 de mayo de 2005, Ar. 5709, aunque ratifica la legalidad de la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo presentada por el recurrente en su momento, reafirma que “la Administración, al inadmitir a trámite o denegar una solicitud de asilo, debe pronunciarse acerca de si razones humanitarias justifican la permanencia en España del solicitante en el marco de la legislación general de asilo (artículos 17.2 de la Ley de Asilo y 22.2, 23.2 y 31.2 de su Reglamento)”; valorando, entonces, conjuntamente las circunstancias del caso, el Tribunal Supremo concederá en este supuesto la permanencia en España por dichas razones humanitarias (pese a ratificar la corrección de la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, se insiste).

Resulta de interés, por último, la interpretación que del silencio administrativo en el procedimiento de solicitud de asilo hace la STS de 23 de junio de 2005, Ar. 5926. Así, frente a lo resuelto por la Sentencia de instancia –que, interpretando que se trataba de un supuesto de ejercicio del derecho de petición, consideró desestimatorio el silencio de la Administración–, el Tribunal Supremo entenderá que “la concesión o denegación del asilo no es una decisión graciable en cuanto que regida tan sólo por el principio de oportunidad, sino, más bien, una resolución fundada en Derecho, esto es, regida por una normativa que fija los presupuestos y requisitos (procedimentales y sustantivos) que han de regir su otorgamiento; siendo la decisión administrativa susceptible de control jurisdiccional, no sólo en sus aspectos formales, sino también en lo relativo a la cuestión de fondo planteada, esto es, en su conformidad con el marco jurídico de referencia, en su racionalidad, y en su adecuación a los fines que han de guiar la actuación de la Administración. Ciertamente, la Administración goza, en este ámbito, de un innegable ámbito de discrecionalidad, pero esa discrecionalidad no puede llevarse hasta el extremo de desnaturalizar la solicitud de asilo y confundirla con un simple supuesto de ejercicio del derecho de petición del artículo 29 CE, al que se refiere el artículo 43.2 LRJPA”.

### 5. SANIDAD

#### A) Legalidad de Decreto autonómico de sanidad mortuoria

La STS de 17 de mayo de 2005, Ar. 5720, ratifica la legalidad del Decreto 72/1999, del Gobierno de Castilla-La Mancha sobre sanidad mortuoria, impugnado por la Patronal Nacional de Servicios Funerarios, tras rechazar las múltiples tachas de ilegalidad (no respeto de la reserva de ley, retroactividad indamisible, no respeto del contenido esencial del derecho a ejercer la actividad empresarial de servicios fúnebres y, en fin, desviación de poder).

#### B) Legalidad del Reglamento que actualiza la regulación de la formación médica especializada

La STS de 15 de junio de 2005, Ar. 5870, desestima un recurso directo interpuesto por la Asociación General de Consumidores de España contra el RD 139/2003, de 7 de febrero, por el que se actualiza la regulación de la formación médica especializada; impugnación que se centraba (por determinadas razones, que resultarán rechazadas) en el cambio de denominación de la especialidad de Cirugía Plástica y Reparadora, por el de Cirugía Plástica, Estética y Reparadora, esto es, por la inclusión de la especialidad de Cirugía Estética.

#### C) Legalidad del Reglamento sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios

La STS de 5 de julio de 2005, Ar. 4206, desestima un recurso directo interpuesto por la Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición contra el RD 1277/2003, de 10 de octubre, sobre bases del procedimiento de autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, al no considerar ilegal la no previsión de que en las Unidades de Nutrición y Dietética el facultativo responsable lo sea un especialista en nutrición.

### 6. SEGURIDAD PRIVADA

#### A) Múltiples preceptos de la Ley de Seguridad Privada y de su Reglamento de desarrollo vulneran el Derecho Comunitario

La STJCE de 26 de enero de 2006, As. Comisión contra España, C-514/03, determina, en primer lugar, respecto a la alegación del Gobierno español acerca de la proximidad entre la seguridad privada y la seguridad pública, que la excepción prevista en el artículo 46 CE, apartado 1, que autoriza a los Estados miembros a mantener regímenes especiales para los extranjeros, que estén justificados por razones de seguridad pública, no es aplicable a las normas generales sobre empresas de seguridad privada. En tal sentido el Tribunal de Justicia cita las Sentencias de 29 de octubre de 1998, Comisión/España, C-114/97, apartados 45 y 46, y de 9 de marzo de 2000, Comisión/Bélgica, C-355/98, apartados 28 y 30.

Asimismo, se declara en segundo lugar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud, por una parte, de los artículos 43 y 49 CE y, por otra, de la Directiva 89/48/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, y de la Directiva 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48, al mantener en vigor las disposiciones de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, y del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, que imponen una serie de requisitos a las empresas extranjeras de seguridad privada para que puedan ejercer sus actividades en España, a saber, la obligación:

- de revestir la forma de una persona jurídica;
- de disponer de un capital social mínimo específico;
- de depositar una fianza ante un organismo español;
- de contratar una plantilla mínima, cuando la empresa en cuestión ejerza sus actividades en ámbitos distintos del de transporte y distribución de explosivos;
- y, en general, de que su personal posea una autorización administrativa específica expedida por las autoridades españolas, y no adoptar las disposiciones necesarias para garantizar el reconocimiento de los certificados de competencia profesional para el ejercicio de la actividad de detective privado.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA

EDORTA COBREROS

**XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES****Sumario:**

**Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo.** A) Jurisdicción. a) Corresponde al Orden Civil conocer sobre qué derechos le corresponden al Estado en su calidad de heredero. b) El Orden Social conoce de cuestiones relativas a personal laboral fijo procedente de sociedad pública en la que se subroga una Comunidad Autónoma. c) El Orden Social conoce sobre la recepción, registro y publicación de Convenio Colectivo. B) Competencia. a) Competencia territorial respecto de un acto que determina condiciones económicas de un funcionario traspasado a otro organismo. b) Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocen del recurso sobre acto dictado por órgano periférico de la Tesorería General de la Seguridad Social. c) Tribunales Superiores de Justicia. a') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de la responsabilidad patrimonial del INSALUD. b') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen sobre acto de Director General de Relaciones con la Administración de Justicia. d) La Audiencia Nacional tiene competencia para enjuiciar el acto emanado del órgano administrativo con mayor jerarquía. C) Sujetos. a) Legitimación: no existe acción pública respecto de la impugnación de normas municipales de organización. b) Son codemandados los meros titulares de un interés legítimo. D) Objeto. a) Actos políticos: la inactividad del Gobierno no está sujeta al Derecho Administrativo. b) Cuestión de ilegalidad: debe admitirse cuando no exista certeza de la total existencia de asuntos pendientes de la aplicación de la norma. E) Procedimiento. a) No suspende el plazo de interposición del recurso la formulación de comunicación previa. b) Los emplazamientos deben realizarse agotando los medios legales de llevarlos a cabo. c) Prueba: no es relevante la prueba sobre circunstancias genéricas conocidas por el Juzgador. d) El uso de la previsión del artículo 33.2 LJCA enerva la incongruencia. e) La infracción del artículo 33.2 LJCA produce indefensión. F) Sentencia: la incongruencia *extra petitem* produce indefensión. G) Ejecución de sentencia: la actualización de la indemnización no puede establecerse en ejecución de sentencia. H) Medidas cautelares. a) Se tiene en cuenta el criterio del *fumus boni iuris*.

b) La caución en materia tributaria no es título para obtener la suspensión, sino su consecuencia. I) Extensión de efectos. a) No hay igualdad de situaciones si una persona recurre y otra no. b) El artículo 110 LJ debe conjugarse con el principio de que no es posible recurrir contra actos consentidos por no haber sido recurridos. **2. Recurso de casación.** A) Inadmisión: las resoluciones de TSJ competencia de los nuevos Juzgados siguen el régimen establecido para las sentencias dictadas en segunda instancia. B) Motivos: no puede invocarse la infracción del artículo 128.2 LJCA ex artículo 88.1.c) LJCA.

## INTRODUCCIÓN

La presente crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el número 11 (julio 2005) hasta el número 18 (octubre 2005) en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, entre los que merecen ser destacados los relativos a los actos políticos del Gobierno.

### 1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### A) Jurisdicción

##### a) Corresponde al Orden Civil conocer sobre qué derechos le corresponde al Estado en su calidad de heredero

La STS de 16 de marzo de 2004, Ar. 3994, señala que la única cuestión propiamente controvertida y necesitada de decisión es de naturaleza civil, por cuanto no estamos ante actos de la Administración sujetos al Derecho Administrativo, pues la expresión “actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo” y otras similares con las que las leyes vigentes definen el objeto del recurso contencioso-administrativo han de entenderse comprendidos los actos administrativos expresos tácitos y presuntos, y los actuaciones de la Administración que constituyen simples vías de hecho. Y es que frente a una actuación material de la Administración sólo caben dos posibilidades: bien considerar dicha actuación como un conjunto de *facta concludentia*, de los que se debe inferir una resolución fundamentadora de la misma, esto es, una declaración de voluntad administrativa manifestada a través de la actuación material o, si no es así, concebir dicha actuación como una simple vía de hecho, es decir, como una pura actuación material no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica. En el caso que nos ocupa, en ninguno de los dos supuestos se sitúa la actividad enjuiciada que lo es fuera de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues la cuestión litigiosa se centraba en determinar qué derechos podía o no ejercer el Estado como heredero y en

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

qué forma debía hacerlo, lo que es una cuestión puramente civil, en la que la jurisdicción contencioso-administrativa no puede entrar. Tales actuaciones, si bien son actos de la Administración del Estado, no están sujetos a derecho administrativo por no ser actos administrativos propiamente dichos, es decir, dictados por la Administración en ejercicio de su potestad de imperium, sino actos de naturaleza jurídico-privada, y por lo tanto su enjuiciamiento debe ser hecho, en su caso, por la jurisdicción civil.

### **b) El Orden Social conoce de cuestiones relativas a personal laboral fijo procedente de sociedad pública en la que se subroga una Comunidad Autónoma**

Según la STS de 20 de abril de 2005, Ar. 4068, de la consideración conjunta o armónica de los distintos preceptos que integran la norma sobre sucesión de empresa: artículos 44, 49.1.g) y 51.11 del Estatuto de los Trabajadores y disposiciones concordantes de la Directiva comunitaria 77/1987, de 14 de febrero, resulta que el supuesto de hecho de la misma está integrado por los dos requisitos constitutivos y los derechos reconocidos a los trabajadores por la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DOCE de 5 de marzo de 1977) ciñe su ámbito de aplicación, de acuerdo con la redacción de la Directiva 98/50/CE del Consejo de 29 de junio, al excluir en el artículo 1.c) la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas, que no constituirá traspaso, en el sentido de la Directiva, adaptada a nuestro ordenamiento por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, a cuyo texto debemos sujetarnos.

Por ello, tratándose de un derecho de contenido netamente laboral, que forma parte del status del trabajador, debe hacerse valer ante los órganos del orden jurisdiccional social, según lo establecido en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, para constatar, en su caso, la aplicabilidad del precepto.

### **c) El Orden Social conoce sobre la recepción, registro y publicación de Convenio Colectivo**

La STS de 21 de febrero de 2005, Ar. 2361, considera que el acto impugnado –recepción, registro y publicación del Convenio Colectivo– de acuerdo con su naturaleza y lo dispuesto en el artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores, es una actuación meramente instrumental, a la que difícilmente cabe otorgarle el carácter de actuación administrativa, a no ser que se hubieran denunciado defectos en la recepción, registro y publicación, que no es el supuesto de autos, pero es que además, si lo que se pretende, es una modificación del contenido del Convenio Colectivo, a fin de excluir de la aplicación del mismo al sector incluido en una rama del mismo, es claro, que se está ejercitando una acción de impugnación de un Convenio Colectivo, para la que es competente la Jurisdicción Laboral y no la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

**B) Competencia****a) Competencia territorial respecto de un acto que determina condiciones económicas de un funcionario traspasado a otro organismo**

El artículo 14.2 LJCA dispone que cuando el acto originario impugnado afectase a una pluralidad de destinatarios y fueran diversos los Juzgados o Tribunales competentes según las reglas anteriores (las del apartado 1 del expresado artículo), la competencia vendrá atribuida al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado el acto originario impugnado. Obedece, sin duda, este precepto a la necesidad de que exista unidad de criterio en relación con los recursos contencioso-administrativos planteados por una pluralidad de recurrentes afectados por un determinado acto administrativo. En estos casos, en virtud de lo establecido en el antes referido apartado 2 del artículo 14 de la Ley de la Jurisdicción, en lugar de que sean diversos órganos jurisdiccionales los que conozcan, en virtud de la aplicación de las reglas de competencia del apartado 1 del repetido artículo 14, de los recursos contencioso-administrativos en cuestión, con el riesgo de que se produzcan sentencias contradictorias, se atribuye a un solo órgano jurisdiccional el conocimiento de los indicados recursos.

Siendo esto así, el problema a resolver en la cuestión de competencia resuelta en la **STS de 29 de marzo de 2005**, Ar. 3431, se concreta en determinar si se da el supuesto de hecho que justifica la aplicación de la regla de competencia a la que se viene aludiendo. Lo que se cuestiona en el recurso contencioso-administrativo origen de esta cuestión de competencia son las condiciones económicas singulares de la recurrente en el momento del traspaso a otro organismo. Así las cosas, dada la motivación de la impugnación planteada, que razonablemente excluye poder entender que el acto originario de que se trata afecte a otros destinatarios en la misma forma que a la interesada, preciso es concluir que no concurren en el caso que se enjuicia las condiciones necesarias para la aplicación de la regla de competencia prevista en el apartado 2 del artículo 14 de la Ley de la Jurisdicción, esto es, una serie de recursos contencioso-administrativos formulados por recurrentes que han sido afectados de igual manera por un acto administrativo, lo que justifica que dichos recursos deban ser enjuiciados por un solo órgano judicial para mantener una unidad de criterio en la resolución de los problemas planteados.

**b) Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocen del recurso sobre acto dictado por órgano periférico de la Tesorería General de la Seguridad Social**

La **STS de 10 de marzo de 2004**, Ar. 2476, analiza la impugnación de un acto administrativo de cuantía inferior a 10.000.000 de pesetas, dictado por un órgano desconcentrado –la Dirección Provincial– cuya competencia se extiende al territorio de una sola provincia y que se encuentra incardinado en la estructura de la Tesorería General de la Seguridad Social, la cual tiene la consideración de servicio común con personalidad jurídica propia, independiente de la Administración General del Estado. Se trata de un ente que debe ser considerado Organismo público autónomo que desarrolla las funciones que tiene

## **XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales**

encomendadas a través de órganos centrales con competencias sobre todo el territorio nacional, y otros de ámbito provincial cuyas atribuciones se ejercen en el territorio de una sola provincia. En el caso enjuiciado, el acto objeto del recurso contencioso-administrativo proviene de una Dirección Provincial de la Tesorería de la Seguridad Social, por lo que su control jurisdiccional corresponde según el artículo 8.3 de la Ley Jurisdiccional al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

### **c) Tribunales Superiores de Justicia**

#### **a') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de la responsabilidad patrimonial del INSALUD**

La desestimación por silencio produce “los solos efectos” —en expresión textual del artículo 43.3 de la Ley 30/1992— de permitir a los interesados la interposición del recurso que resulte procedente, y de otra, que tal situación no libera a la Administración de dictar resolución expresa —artículo 42.1 de la misma Ley—. Hasta tal punto es ello así, que se establece un régimen distinto según se trate de un supuesto de estimación por silencio, cuya resolución expresa necesariamente deberá ser confirmatoria del acto de que se trata, o de un supuesto de desestimación por silencio, cuya resolución expresa no queda vinculada al sentido del silencio —artículo 43.4—. Y es esta resolución expresa la que se corresponde con la resolución definitiva a que se refiere el citado artículo 20 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre.

De los preceptos examinados se deduce que, una cosa es que la ficción del silencio permita al administrado la interposición del recurso correspondiente, mitigándose así los perniciosos efectos que, en otro caso, se podrían derivar de la inactividad de la Administración en decidir, y otra distinta la persistencia de la obligación de esta última de resolver. El administrado podrá, pues, optar entre entender desestimada su petición, a los “solos efectos” de la interposición del pertinente recurso, o esperar la resolución expresa, —o “definitiva”, en expresión del artículo 20 de la Ley 12/1983— pero tal elección no puede condicionar las obligaciones derivadas de una subrogación de competencia, impuesta, primero por la Ley y, después, por el Decreto de transferencia —en este caso, el ya citado 1476/2001, de 27 de diciembre—.

A la vista de lo anterior, la **STS de 16 de febrero de 2004**, Ar. 4017, analiza la cuestión de la subrogación en los derechos y deberes de la Administración estatal por parte de la Comunidad Autónoma en los supuestos en que con anterioridad a la fecha del traspaso de competencias se ha podido producir el juego del silencio administrativo negativo, resolviendo la cuestión de competencia en favor del Tribunal Superior de Justicia, toda vez que en la fecha de transferencia del servicio correspondiente no se había producido aún la resolución definitiva del expediente.

#### **b') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen sobre acto de Director General de Relaciones con la Administración de Justicia**

La **STS de 4 de abril de 2005**, Ar. 3334, señala que la competencia para conocer del recurso deducido frente al silencio administrativo, de una solicitud, dirigida al Director

General de Relaciones con la Administración de Justicia, relativa al abono de unas determinadas dietas, al estar ante una materia de personal y proceder la denegación presunta en cuestión de un órgano de la Administración General del Estado cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico es inferior al de Ministro o Secretario de Estado, la competencia discutida debe atribuirse, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 10.1.i) de la Ley de esta Jurisdicción, corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

**d) La Audiencia Nacional tiene competencia para enjuiciar el acto emanado del órgano administrativo con mayor jerarquía**

Sabido es que 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, para la **STS de 12 de abril de 2005**, Ar. 4183, en el supuesto de que se esté ante pretensiones en principio acumulables pero cuyo conocimiento corresponda a órganos jurisdiccionales distintos, y para evitar que se dicten resoluciones contradictorias, ha 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.

**C) Sujetos**

**a) Legitimación: no existe acción pública respecto de la impugnación de normas municipales de organización**

La **STS de 15 de enero de 2004**, Ar. 2463, ha señalado que debe diferenciarse entre los planes, documentos y actuaciones urbanísticas respecto a los que sin duda la legislación reconoce la existencia de acción pública, y lo que es en definitiva la aprobación de una norma de organización municipal, y ello aunque esta organización sea la competente en materia de urbanismo, por lo que falta legitimación activa al letrado que por su actividad profesional ha de relacionarse con frecuencia con la Gerencia Municipal de Urbanismo. Respecto al razonamiento de que habiendo participado en el procedimiento administrativo no puede negarse a la persona legitimación en vía judicial, ha de entenderse que son supuestos diferentes el de los entes colectivos, corporaciones o asociaciones llamadas a participar en la elaboración del proyecto de disposición, a los que difícilmente podría negarse legitimación, y el de los expertos o ciudadanos particulares. Pues la manifestación de su opinión en el procedimiento administrativo no significa (al menos necesariamente) que se vean afectados por el acto o la norma en su círculo vital de derechos o intereses, que es lo que determina la existencia de legitimación.

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

### b) Son codemandados los meros titulares de un interés legítimo

La LJCA de 1956 reconocía, junto a la Administración Pública demandada, en el artículo 29.1.b) legitimación pasiva en el proceso a las personas a cuyo favor derivaren derechos del acto impugnado y a aquellas otras que tuvieren, también, interés directo en el mantenimiento del acto recurrido, distinguiendo a las primeras como parte codemandada, y a las segundas, como parte coadyuvante del demandado al amparo del artículo 30.1 de la Ley Jurisdiccional citada. Sin embargo la nueva Ley Jurisdiccional de 1998 modifica substancialmente la legitimación pasiva en el proceso contencioso-administrativo al considerar parte demandada no sólo a los titulares de los derechos, sino también a los portadores de intereses legítimos que pudieran resultar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante suprimiéndose, en consecuencia, la figura procesal del coadyuvante [artículo 21.1.b) de la Ley de 1998].

Pues bien, para la STS de 15 de enero de 2004, Ar. 3834, considerar al beneficiario de la expropiación parte “coadyuvante” en el proceso, no genera indefensión en la medida que la posición procesal en que le fue admitida su personación le ha permitido, al igual que podía haberlo realizado en la posición de codemandado, oponerse con sus argumentos y elementos probatorios a la pretensión de la parte actora, pues, en definitiva, desde ambas posiciones procesales –demandado y coadyuvante– se puede eficazmente instar el mantenimiento del acto que se impugna, y siendo así que la citada sociedad no impugnó jurisdiccionalmente el acto administrativo impugnado por la propiedad y por el organismo expropiante y que desde cualesquiera de estas dos posiciones pudo oponerse con eficacia a la pretensión deducida en el recurso, no puede predicarse la indefensión aducida, máxime cuando la única consecuencia desfavorable derivada de la posición procesal que le fue reconocida en la instancia sería hoy la de no poder interponer, en su caso, recurso de casación.

### D) Objeto

#### a) Actos políticos: la inactividad del Gobierno no está sujeta al Derecho Administrativo

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 LJ no ocurre en los supuestos examinados por la STS de 30 de abril de 2005, Ar. 4395, seguidos sus criterios también por la STS de 14 de mayo de 2005, Ar. 4290, porque, tal como se deduce del texto del recurso, la invocación del artículo 15 de la CE no pasa de ser una invocación retórica, sin contenido alguno.

Es el propio recurrente quien, coherente con su discurso, imputa al Gobierno Ecuatoguineano la violación de los derechos a la vida, la integridad física y el derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, atribuyendo y reprochando al Gobierno español una actitud política demasiado comprensiva, en opinión de quien recurre, lo que supone un incumplimiento gubernamental en relación con la obli-

gaciones *erga omnes* contraídas con la comunidad internacional en su conjunto, en relación con la protección de los derechos humanos, que podría llevar aparejada alguna relación de causalidad con la violación de esos derechos fundamentales, lo que justificaría, a su juicio, la posibilidad de control jurisdiccional.

En el caso examinado procede determinar si la inactividad del Gobierno español es un acto susceptible de impugnación, al amparo del artículo 69.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

Los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional (SSTC 45/1990, 196/1990 y 220/1991) y de esta Sala (Sentencias del Pleno de la Sala Tercera de 17 y 28 de junio de 1994, en las tres Sentencias dictadas el 4 de abril de 1997 y en las posteriores Sentencias de la Sección Sexta de esta Sala de 15 de julio y 3 de diciembre de 1998 y de la Sección Séptima de 26 de noviembre de 1999, a la que alude el fundamento de derecho segundo del Auto núm. 99/2001 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 25 de abril de 2001), 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 se analiza en la sentencia comentada, y examinados detenidamente los documentos presentados por la parte actora, se llega a la conclusión 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.

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

### b) Cuestión de ilegalidad: debe admitirse cuando no exista certeza de la total existencia de asuntos pendientes de la aplicación de la norma

La STS de 3 de marzo de 2005, Ar. 3494, señala que la cuestión de ilegalidad es una de las innovaciones que aporta la LJCA de 1998 al proceso contencioso-administrativo. Su Exposición de Motivos es consciente de su alcance cuando recuerda los propósitos que han llevado al legislador a establecerla, inspirándose en parte en la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el artículo 163 de la Constitución. Ciertamente, esta última opera de modo diferente a como se ha regulado la cuestión de ilegalidad y la Exposición de Motivos así lo señala. Ahora bien, lo que sí tienen en común ambos mecanismos es la colaboración que establecen entre órganos jurisdiccionales investidos de competencias diferentes y situados en distinta posición pero que se han de enfrentar a una misma norma jurídica cuya conformidad a Derecho se discute: unos antes de su aplicación a un caso concreto, otros, después, para resolver con carácter general sobre la validez de la propia disposición normativa. Gracias a esa colaboración se logra, en un caso, proyectar el control de constitucionalidad a normas cuya incompatibilidad con la Constitución no sería fácil de advertir en abstracto y más allá de las restricciones de legitimación y plazos del recurso directo, extendiendo, de ese modo, el alcance del control de constitucionalidad, con la consecuencia de una más plena afirmación de la supremacía de la norma fundamental. Y, en el otro, gracias a la colaboración que implica la cuestión de ilegalidad se articula un mecanismo que tiene, respecto de la preservación de los principios de jerarquía normativa y de legalidad, esos mismos efectos multiplicadores y, además, contribuye a eliminar los inconvenientes que en el recurso indirecto contra los reglamentos se habían detectado y que la Exposición de Motivos recuerda: “la inseguridad jurídica y la desigualdad a las que podía conducir el carácter difuso del control ejercido por ese cauce. Naturalmente, la trascendencia que posee este nuevo instrumento requiere que se extremen las cautelas para que se utilice siempre que proceda conforme a las reglas que lo regulan, pero solamente cuando proceda, para evitar que corra el riesgo de desnaturalizarse o de acabar produciendo consecuencias disfuncionales”.

Hecha esta primera aproximación a las Cuestiones de ilegalidad y siguiendo el hilo argumental necesario para la resolución de la cuestión planteada, resulta ilustrativo hacer mención al posicionamiento del Tribunal Constitucional respecto a la incidencia de la derogación de una norma sobre cuya constitucionalidad se traba un debate procesal. Dicho Tribunal en reiteradas Sentencias, valgan por todas la Sentencia 273/2000 del Pleno de 15 de noviembre de 2000 (Cuestión de Inconstitucionalidad 565/1994) ha señalado: “En los supuestos de derogación de la norma sobre cuya constitucionalidad se traba el debate procesal, este Tribunal ha declarado que la pervivencia del proceso dependerá de la incidencia real de la derogación y no de criterios abstractos (SSTC 385/1993, de 23 de diciembre (RTC 1993\385), FJ 3º; 196/1997, de 13 de noviembre (LCAT 1998\20), FJ 2º, y 208/1999, de 11 de noviembre (RTC 1999\208; LCAT 2000\14), FJ 1º, distinguiendo a estos efectos entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, como manifestaciones procesales distintas, aun cuando con un sustrato común. Así, hemos señalado en la STC 111/1983, de 2 de diciembre (RTC 1983\111), que “mientras en el recurso directo la derogación, por lo común, extingue el objeto, en la cuestión de constitucionalidad la solución puede ser otra por cuanto la validez de la norma ‘aun de-

rogada' puede requerir un juicio de constitucionalidad" (FJ 2º), toda vez que éste puede condicionar la decisión judicial en un proceso pendiente, como un problema vivo y la supervivencia de la norma cuestionada".

Del mismo modo respecto a las controversias competenciales el Tribunal Constitucional en reiteradas Sentencias, valgan por todas su Sentencia 197/1997 se ha pronunciado en los siguientes términos: "De acuerdo con la mencionada doctrina constitucional, es cierto que 'si la norma objeto de un conflicto es derogada por otra posterior puede provocarse sobrevenidamente la pérdida del objeto del conflicto mismo y, en consecuencia, resultar improcedente que éste sea resuelto mediante sentencia' [STC 248/1988 (RTC 1988\248), fundamento jurídico 2º], pero hay que huir de todo automatismo en los efectos que en los procesos conflictuales quepa conceder a las modificaciones o derogaciones sobrevenidas de las disposiciones discutidas, puesto que no basta con el mero agotamiento de la disposición o resolución impugnada o con su derogación o modificación para concluir si se requiere una decisión sobre el fondo [SSTC 147/1991 (RTC 1991\147), fundamento jurídico 9; 202/1992 (RTC 1992\202); 133/1993 (RTC 1993\133); 158/1992 (RTC 1992\158), fundamento jurídico 1º], y hay que estar sustancialmente a la persistencia o no de la controversia competencial [STC 182/1988 (RTC 1988\182), fundamento jurídico 1º], con el fin de salvaguardar el principio de la irrenunciabilidad o indisponibilidad de las competencias por las partes y, al tiempo, custodiar la vigencia de las normas constitucionales y estatutarias atributivas de competencias [STC 329/1993 (RTC 1993\329), fundamento jurídico 1º]".

A la luz de estas consideraciones hechas por el Tribunal Constitucional y ya por lo que se refiere a la admisión de las cuestiones de ilegalidad relativas a normas derogadas, debe predicarse, con carácter general, la admisión de las mismas cuando no exista certeza de la total inexistencia de asuntos concretos pendientes de la aplicación de la referida norma. No puede olvidarse que como también ha reiterado hasta la saciedad el Tribunal Supremo, valgan por todas la Sentencia de 11 de noviembre de 2003 (recurso de casación 6057/2000): "Hemos afirmado con reiteración en múltiples ocasiones, entre otras en las Sentencias de 30 de mayo de 1991, 9 de mayo de 1995, 25 de enero de 1999, 17 de julio de 2000 y 24 de marzo de 2003, que en el lenguaje usual es frecuente hablar de derogación en términos de existencia de un acto normativo que vendría así a extinguirse o morir al ser derogado pero que en la ordenación formal de las fuentes, la derogación se sitúa, más que en el de la existencia, en el terreno de la sucesión de normas en el tiempo. Una norma derogada sigue así existiendo y produciendo efectos en el ordenamiento aun después de su derogación, respecto de las situaciones nacidas bajo su imperio. Si cesan esos efectos es por la fuerza derogatoria de la norma nueva que incide sobre la anterior y determina la cesación de su eficacia a partir de la entrada en vigor de la última. Es de apreciar por ello que si se declara nula la norma derogatoria cesa también la fuerza normativa de ésta y con ella su fuerza derogatoria que, en definitiva, no es más que una de las manifestaciones de la fuerza normativa, por lo que es claro que sigue desplegando efectos la norma anterior, y ya sin la limitación temporal del momento de entrada en vigor de la norma nueva, pues ha sido declarada nula con efectos *ex tunc*".

### E) Procedimiento

#### a) No suspende el plazo de interposición del recurso la formulación de comunicación previa

La STS de 25 de marzo de 2004, Ar. 2487, entiende que había transcurrido muy sobradamente el plazo de dos meses previsto al efecto por el artículo 46.1 LJCA. No es admisible alegación de que antes de los dos meses, la letrada asignada por el turno de oficio presentó la comunicación previa regulada en el artículo 110.3º de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, ya que incluso acudiendo a la interpretación más favorable, cual es la de que, efectivamente, el plazo de interposición se hubiere iniciado o reanudado al designarse el procurador de oficio, aun así, el término legal para interponerlo habría sido rebasado en varios meses, sin que desde luego sea admisible que el defecto quedase subsanado por la comunicación previa aludida, a la que de ningún modo, mientras mantuvo su vigencia, se le dio ni por el legislador ni por la jurisprudencia valor sustitutorio o suspensivo del plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo.

#### b) Los emplazamientos deben realizarse agotando los medios legales de llevarlos a cabo

Para la STS de 16 de febrero de 2005, Ar. 4024, no cabe entender que la simple reclamación del expediente y el acuerdo de que se emplace a cuantos aparecieren interesados en el mismo pueda considerarse como una válida llamada a los autos cuya desatención permita considerar debidamente emplazados a dichos interesados. La interpretación que la doctrina del TS ha venido otorgando al antiguo artículo 64 de la Ley jurisdiccional (como hoy al artículo 49 de la vigente) no deja la menor duda al respecto (Sentencias de 26 de enero, 2 de febrero y 24 de junio de 2004, entre otras muchas). Las mínimas exigencias del principio de tutela judicial efectiva requieren que todo interesado del que se tenga noticia –y no puede dudarse de que el adjudicatario del concurso cuya resolución se impugna lo es– sea llamado a los autos por un medio del que pueda existir constancia, agotando si es preciso los medios legales de llevarlo a cabo. En caso contrario es obligado concederle la oportunidad de comparecer y contestar a la demanda, proponiendo las pruebas que estime convenientes en defensa de su derecho, de manera que tenga la oportunidad, real y efectiva, de contrapesar la argumentación de la parte actora, acordando la retroacción de las actuaciones y la anulación de aquellas que fuese necesario con el fin de proporcionarle tan elemental derecho.

Es cierto (por todas, Sentencia de 12 de febrero de 2003) que el conocimiento suficiente que tenga el interesado en el expediente de la existencia del proceso, puede suplir el defecto de emplazamiento y determinar lo que se prevé en el artículo 50.3 de la vigente Ley de la Jurisdicción, sin que haya lugar a retrotraer las actuaciones practicadas en ausencia del codemandado atendiendo a la falta de diligencia mostrada por el mismo en cumplir con el requerimiento judicial.

**c) Prueba: no es relevante la prueba sobre circunstancias genéricas conocidas por el Juzgador**

Para la STS de 29 de marzo de 2005, Ar. 2663, las situaciones económicas genéricamente consideradas que puedan darse en Mozambique, que eran las que se pretendían acreditar con la prueba denegada, pero que son perfectamente conocidas por la Sala, a través de los medios de comunicación que profusamente se hicieron eco de las inundaciones allí habidas, no permiten acreditar una persecución individualizada. Así las cosas, la denegación de la práctica de esos medios de prueba no ocasionó ninguna indefensión al recurrente, pues el recibimiento a prueba procede cuando hay disconformidad sobre los hechos (artículo 60.3 LJCA), y en el caso examinado bien puede decirse que no existía disconformidad acerca de los hechos en que el actor basaba su pretensión (la situación catastrófica derivada de unas inundaciones, que la Sala *a quo* admite como cierta en su existencia y entidad) sino acerca de sus consecuencias jurídicas, por lo que la práctica de las pruebas solicitadas podía considerarse innecesaria.

En materia de asilo, donde tantas dificultades probatorias existen y donde, por ello, la Ley exige sólo para su concesión indicios suficientes de la persecución temida (artículo 8 de la Ley 5/1984), no es lógico imponer restricciones anormales a la posibilidad probatoria, lo que ha llevado en muchas ocasiones a la revocación de sentencias dictadas en procesos donde no se había permitido a los recurrentes practicar las pruebas que deseaban.

La STS de 10 de marzo de 2005, Ar. 3297, analiza la actividad probatoria en torno a la situación sociopolítica general existente en su país, Cuba, y señala que este caso es distinto, porque el interesado comienza por relatar unos hechos de los que no se deduce persecución alguna personal y concreta con entidad suficiente para justificar la concesión del derecho de asilo. Y en estas condiciones ya no se trata de que por lo general (situación política en Cuba) pueda probarse lo particular (persecución alegada de una persona concreta), sino de que la prueba de lo general resulta inútil si no se alega que existe una persecución concreta. En consecuencia, en este caso la prueba que se pretendía realizar acerca de la situación general en Cuba no era transcendente para la resolución del pleito (artículo 60.3 LJCA), y el Tribunal de instancia obró conforme a Derecho al no recibir el pleito a prueba.

**d) El uso de la previsión del artículo 33.2 LJCA enerva la incongruencia**

El Tribunal Constitucional viene con reiteración declarando –por todas y como más reciente STC 91/2003, de 19 de mayo, que una consolidada jurisprudencia, que arranca al menos de la STC 20/1982, de 5 de mayo, se ha venido ocupando de las quejas referidas a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), derivadas de la falta de congruencia de las resoluciones judiciales, “categoría legal y doctrinal cuyos contornos no corresponde determinar a este Tribunal”. Efectivamente, desde las Sentencias 20/1982, de 5 de mayo (FFJJ 1º a 3º); 14/1984, de 3 de febrero (FJ 2º); 14/1985, de 1 de febrero (FJ 3º); 77/1986, de 12 de junio (FJ 2º), y 90/1988, de 13 de mayo (FJ 2º), una jurisprudencia constante de este Tribunal ha venido definiendo dicho vicio como un desajuste

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso en los escritos esenciales del mismo. Al conceder más, menos o cosa distinta de lo pedido, el órgano judicial incurre, según hemos dicho de modo reiterado, en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita*, *citra petita* o *extra petita partium* (por todas, SSTC 90/1988, de 13 de mayo, FJ 2º, y 111/1997, de 3 de junio, FJ 2º), cuyos contornos han decantado secularmente los Tribunales al depurar la aplicación de la legalidad procesal ordinaria. Son muy numerosas las decisiones en las que este Tribunal 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. Se ha elaborado así un cuerpo de doctrina consolidado que aparece sistematizado con cierto detalle, entre otras, en la reciente STC 114/2003, de 16 de junio (FJ 3º), con las siguientes palabras: “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 discurre la controversia procesal (SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 3º; 5/2001, de 15 de enero, FJ 4º; 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 6º; 135/2002, de 3 de junio, FJ 3º). 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 (SSTC 219/1999, de 29 de noviembre, FJ 3º; 5/2001, de 15 de enero, FJ 4º)”.

En el supuesto analizado por la STS de 1 de diciembre de 2004, Ar. 4299, estaríamos ante una alegación de incongruencia mixta (*ne eat iudex extra petita partium*), por cuanto el fallo de la sentencia contiene algo distinto de lo pedido por las partes ya que la sentencia se pronuncia sobre pretensión distinta u objeto diferente al pretendido.

Como se ha señalado (SSTS de 22 de abril de 2003) “importa hacer constar, para cerrar el razonamiento, que el procedimiento establecido en el apartado 2 del artículo 43 de la Ley Jurisdiccional 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 apartado 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 precepto”.

### **e) La infracción del artículo 33.2 LJCA produce indefensión**

La STS de 13 de mayo de 2005, Ar. 4227, considera que la Sala de instancia no hizo uso de la facultad que le confiere el artículo 33.2 de la actual Ley de la Jurisdicción y que, con igual contenido, le confería el artículo 43.2 de la Ley anterior. Infringió, así, las exigencias derivadas del principio de contradicción, menoscabando el derecho de defensa de las demandadas, pues ante la suma dificultad, si no imposibilidad, de que éstas identificaran como motivo de impugnación el vicio de procedimiento en que aquella Sala sustenta su fallo, y ante el hecho de que no se habían referido a tal hipotético vicio en sus escritos de contestación a la demanda, ni en los de conclusiones, sólo mediante la apertura del trámite previsto en aquellos artículos habrían quedado satisfechas aquellas exigencias y preservado aquel derecho.

### **F) Sentencia: la incongruencia *extra petitem* produce indefensión**

La STS de 18 de diciembre de 2003, Ar. 3283, nos recuerda que la denominada incongruencia *extra petitem*, se da (STC 92/2003, de 19 de mayo) “cuando el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción (SSTC 154/1991, de 10 de julio, 172/1994, de 7 de junio, 116/1995, de 17 de julio, 60/1996, de 15 de abril, y 98/1996, de 10 de junio, entre otras)”.

Por otra parte, la STC 45/2003, de 3 de marzo, había señalado que

“asimismo hemos declarado que la incongruencia por exceso o *extra petitem* es un vicio procesal que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones en el proceso. La incongruencia *extra petitem* constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de parte que impide al órgano judicial, en los procesos presididos por estos principios,

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

pronunciarse o decidir sobre las pretensiones que no hayan sido planteadas por las partes, al ser éstas las que, en su calidad de verdaderos *domini litis*, conforman el objeto del debate o *thema decidendi* y el alcance del pronunciamiento judicial. Éste deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado, a tales efectos, por los sujetos del mismo (partes), por lo pedido (*petitum*) y por los hechos o la realidad histórica que sirve como razón o causa de pedir (*causa petendi*). Todo lo cual no comporta que el Juez deba quedar vinculado rígidamente al tenor literal de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo, pues, por un lado, el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar su fallo en los preceptos legales o en las normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocados por los litigantes; y, por otro, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones deducidas, tal y como hayan sido formalmente presentadas por los litigantes, de modo que no existirá la incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no haya sido formal o expresamente formulada, resulte implícita o sea consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Desde la perspectiva constitucional la jurisprudencia ha venido declarando reiteradamente que, para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), suponga ‘una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal’ (STC 20/1982, de 5 de mayo, FJ 1º) causante de indefensión para las partes por haberse dictado un fallo extraño a sus respectivas pretensiones, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidos oportunamente en el proceso y respecto de los cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y los argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales”.

### **G) Ejecución de sentencia: la actualización de la indemnización no puede establecerse en ejecución de sentencia**

El principio fundamental que rige la materia de ejecución de sentencias es el que dicha ejecución ha de ajustarse a lo ordenado por la resolución que se pretende llevar a la práctica, sin poderse ampliar, en fase de ejecución, los puntos objetos de debate, planteando cuestiones nuevas que no se suscitaron en el proceso. Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 152/1990, de 4 de octubre, en el incidente de ejecución de sentencias no pueden resolverse cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo, o con las que éste guarde una directa e inmediata relación de causalidad, pues de lo contrario se lesionarían los derechos de la otra parte, al prescindirse del debate y de la contradicción inherentes a todo litigio. Lo cual no quiere decir que la interpretación y aplicación del fallo por el Juez de la ejecución haya de ser estrictamente literal, sino que ha de inferir del fallo sus naturales consecuencias en relación con la *causa petendi* y en armonía con el todo que constituye la sentencia.

Para la STS de 15 de marzo de 2004, Ar. 3668, el retraso en el abono de la indemnización a partir de la sentencia que ordenó su pago tiene su compensación en la percepción de los intereses que regula el artículo 106 LJCA, para los casos en que, como en el presente, la Administración fuere condenada al pago de cantidad líquida. Pero la actualización de la cifra en que consiste la indemnización es un problema que afecta a la determinación de dicha indemnización y a las normas de cálculo que deben aplicarse para fijar su concreta cuantía. No es tema que pueda resolverse en ejecución de sentencia, cuando la sentencia que se ejecuta para nada lo menciona, ni permite deducir que se pronunció a favor de la referida actualización. En consecuencia, el auto recurrido, al no aprobar la liquidación presentada por la parte actora, rechazando la actualización de la cantidad objeto de la condena por aplicación del IPC, no contradice lo ejecutoriado, lo que determina la procedencia de desestimar el motivo de casación.

## H) Medidas cautelares

### a) Se tiene en cuenta el criterio del *fumus boni iuris*

La STS de 15 de marzo de 2005, Ar. 2384, al realizar la obligada valoración de los intereses enfrentados, tiene en consideración el *fumus* que rodea la posición de los recurrentes ante la más que posible incompetencia de la Administración Local para la convocatoria del concurso público de arrendamiento de instalaciones en zona de dominio público marítimo terrestre.

### b) La caución en materia tributaria no es título para obtener la suspensión, sino su consecuencia

La STS de 17 de junio de 1999, Ar. 3650, nos recuerda la doctrina que considera que la suspensión de la ejecución de los actos administrativos constituye en nuestro Derecho una medida de excepción al principio general de autotutela de la Administración, por lo que sólo debe otorgarse, a instancia del actor, cuando la ejecución hubiere de producir daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, por aplicación del artículo 122.2. de la anterior LJCA. El concepto jurídico indeterminado “daños o perjuicios de reparación imposible o difícil” ha de valorarse en cada caso en muy directa relación con el interés público presente en la actuación administrativa, debiendo ponderarse, como señala la Exposición de Motivos de la citada Ley el grado en que el interés público exija la ejecución. Y así se ha podido afirmar que cuando las exigencias de ejecución que dicho interés público presenta son tenues, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia sea de gran intensidad, sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución, en su caso. Es al interesado a quien corresponde la carga de acreditar indiciariamente la concurrencia de los daños o perjuicios que justifican su pretensión de suspender la ejecutividad, dado que la existencia de éstos es el hecho constitutivo de dicha pretensión. Y cuando el Abogado del Estado se oponga a la misma, fundándose en que la oposición ocasionará “grave perturbación a los intereses públicos” la Ley le exige que deberá concretarlos. Por otra parte, la estructura de

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

la pieza de suspensión requiere una matización sobre las exigencias de la carga de la prueba, ya sea al interesado cuando la pretende, ya al Abogado del Estado cuando opone esa grave perturbación a los intereses públicos. La matización viene impuesta por cuanto en la pieza aludida no hay en rigor fase probatoria *stricto sensu* (no existe proposición ni práctica de prueba, ni posibilidad de que entre en juego el esencial principio de contradicción de partes en tal inexistente fase), sino de alegaciones, tanto para el solicitante como para la Administración oponente, que siempre deberán ser justificadas razonablemente y, en su caso, acreditadas mediante aportación documental que sea procedente.

Por ello, no puede admitirse que cuando el Abogado del Estado se limita a oponer la posibilidad de perturbaciones para los intereses públicos, razonándolos debidamente, esté incumpliendo carga de la prueba alguna y mucho menos que se produzca en tales casos un desplazamiento de la pretendida carga de la prueba.

En materia fiscal, concretamente, las alegaciones de la parte solicitante y las que haga la Administración se mueven en un terreno fácilmente discernible, cual es el de las magnitudes económicas en juego, cuyos perjuicios, tanto para el recurrente si se ve obligado al desembolso inmediato, como para la Administración, en el caso opuesto, son apreciables sin dificultad. En consecuencia, la primera conclusión que se puede formular en el presente recurso es la de que no puede aceptarse que el Abogado del Estado incumpliera deber procesal alguno cuando evacuó el trámite de alegaciones en la pieza de suspensión, oponiendo la posibilidad de una grave perturbación de los intereses públicos en juego, ni mucho menos puede aceptarse, como veremos, que ello sea motivo para justificar la relevación de fianza o caución al interesado.

En los actos tributarios concurre además la peculiaridad, reconocida por el ordenamiento administrativo, de que la prestación de caución habilita para obtener la suspensión. En efecto, el ordenamiento fiscal hace tiempo, según es de sobra conocido, que objetivó la producción de tales perjuicios, procediendo a conceder la suspensión de la ejecutividad de los actos tributarios siempre que en el momento de presentar la reclamación se garantice el pago de la deuda tributaria, según puede observarse en la normativa existente desde el artículo 22.1 del Texto articulado de la Ley de Bases 39/1980, de 5 de julio, aprobado por Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre, artículos 81 y concordantes del Reglamento de Procedimiento para las Reclamaciones Económico-Administrativas, de 20 de agosto de 1981, 75.1 y concordantes del Reglamento vigente 391/1996, de 1 de marzo, siendo especialmente significativo el artículo 30 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, cuando dispone: “1º. El contribuyente tiene derecho con ocasión de la interposición del correspondiente recurso o reclamación administrativa, a que se suspenda el ingreso de la deuda tributaria, siempre que aporte las garantías exigidas por la normativa vigente, a menos que, de acuerdo con la misma, proceda la suspensión sin garantía. 2º. Cuando el contribuyente interponga recurso contencioso-administrativo, la suspensión acordada en vía administrativa se mantendrá, siempre que exista garantía suficiente, hasta que el órgano judicial competente adopte la decisión que corresponda en relación con dicha suspensión.” La jurisprudencia encontró en estas disposiciones el reconocimiento implícito por la Administración de que la ejecutividad de tales actos produce perjuicios a los interesados y, abundando en este sentido, la Sentencia

del Pleno de la misma de 6 de octubre de 1998, en su Fundamento Tercero, manifestó que “el propio comportamiento que se ha impuesto a sí misma la Administración Tributaria y que ha sido sancionado por normas de rango legal, obliga a interpretar el viejo artículo 122.2 en el sentido de que el pago de las cuotas controvertidas puede acarrear daños de reparación difícil para el contribuyente, en tanto que no se produce aquél para la Hacienda Pública cuando el importe de la deuda tributaria quede suficientemente garantizado mediante el oportuno aval, caución o fianza”.

Y en el Fundamento Cuarto insiste en que procede la suspensión del acto administrativo de gestión o ejecución tributaria recurrido siempre que habiendo sido suspendido en vía administrativa, se solicite en la vía jurisdiccional y se garantice el pago de la deuda tributaria con la amplitud que señala el artículo 58 de la Ley General Tributaria y en los términos establecidos por el artículo 124 de la LJCA de 1956. Debe aclararse que la suspensión en vía jurisdiccional no se confunde con la que pueda haberse obtenido en vía administrativa, pues no existe un derecho indiscriminado para obtener la suspensión simplemente por la prestación u ofrecimiento de caución, sino sólo el reconocimiento implícito por la Administración de que la ejecución inmediata puede causar daños o perjuicios de difícil de reparación. La caución, se dirá siempre, no es el título para obtener la suspensión, sino su consecuencia.

### **l) Extensión de efectos**

#### **a) No hay igualdad de situaciones si una persona recurre y otra no**

La STS de 12 de enero de 2004, Ar. 2573, pone de relieve el incumplimiento del primer requisito exigido por el artículo 110.1 LJCA para que pueda acordarse la extensión de los efectos de una sentencia firme que hubiere reconocido una situación jurídica individualizada en favor de una o varias personas a otras distintas y que consiste en “que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo”. El texto de la norma es claro y no necesita interpretarse a la vista del primitivo proyecto. Las situaciones jurídicas deben ser no iguales o equivalentes sino idénticas. No son idénticas dichas situaciones cuando una persona interpuso recurso contencioso-administrativo en tiempo contra un determinado acto administrativo y los ahora recurrentes en casación consintieron dicha resolución y, cuando conocieron que el recurso promovido por el recurrente había prosperado, trataron de prescindir de ese consentimiento prestado a la resolución administrativa, al no recurrirla, y pretendieron reabrir el plazo para conseguir los mismos efectos que si la hubiesen impugnado en tiempo, acudiendo para ello al artículo 110 LJCA.

#### **b) El artículo 110 LJ debe conjugarse con el principio de que no es posible recurrir contra actos consentidos por no haber sido recurridos**

En el caso examinado por la STS de 8 de marzo de 2005, Ar. 4305, se señala que el artículo 110 LJCA tiene por finalidad evitar la multiplicación de procesos sobre idénticas situacio-

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

nes 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.

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.

### 2. RECURSO DE CASACIÓN

#### **A) Inadmisión: las resoluciones de TSJ competencia de los nuevos Juzgados siguen el régimen establecido para las sentencias dictadas en segunda instancia**

Con arreglo a la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003 y a partir de la entrada en vigor de la misma, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocerán ex artículo 8.4 de la Ley Jurisdiccional, en su nueva redacción, “de todas las resoluciones que se dicten en materia de extranjería por la Administración periférica del Estado”; correspondiendo, por lo tanto, el conocimiento de dichas cuestiones en segunda instancia, a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia –artículo 10.2–.

Ha de precisarse que el acto administrativo recurrido ha sido dictado por la Administración periférica del Estado, pues el mismo se ha dictado por delegación de Delegado del Gobierno y, por lo tanto, ha de considerarse dictado por éste ex artículo 13.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y deniega la entrada a la recurrente al territorio nacional así como su retorno a su lugar de procedencia, asunto claramente incardinable dentro del ámbito material de la extranjería.

Partiendo de las anteriores consideraciones, la cuestión a resolver por el **ATS de 11 de febrero de 2005**, Ar. 4168, es el tratamiento que, a efectos impugnatorios, debe darse a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, en los procesos pendientes antes de esa fecha, cuya competencia co-

responda, conforme a las modificaciones efectuadas por la misma, en la Ley Jurisdiccional 29/1998, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Pues bien, la sentencia comentada, basándose en una doctrina consolidada, colige que a dichas sentencias les es aplicable el régimen establecido en la Ley Jurisdiccional 29/1998 para las sentencias dictadas en segunda instancia contra las que no cabe recurso de casación, ya que así se infiere de la Disposición Transitoria Tercera, párrafo primero, y del artículo 86.1, ambos de la LRJCA de 1998, que establecen, respectivamente, que el régimen de los recursos de casación regulados en esta Ley será de plena aplicación a las resoluciones de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, dictadas con posterioridad a su entrada en vigor, y que la casación sólo procede contra resoluciones dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia en instancia única.

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/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 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa efectuado por la Disposición Adicional Decimocuarta de esta Ley Orgánica, continuarán tramitándose por los mismos hasta su finalización”. Pero también es cierto que, en contra de lo que sostiene el recurrente en queja, 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

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

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. Interpretación esta que no hace otra cosa que aplicar al caso la interpretación que el Alto Tribunal ha venido haciendo del párrafo segundo de la Disposición Transitoria Primera de la LRJCA de 1998. Unificándose así el tratamiento procesal a efectos de acceso a la casación, de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia, en asuntos ante ellos tramitados, pero competencia de los Juzgados, venga esta competencia atribuida por la redacción originaria de la LRJCA de 1998, o lo haya sido por sucesivas ampliaciones de la misma.

Completando los argumentos expuestos por el Tribunal Supremo en la interpretación aludida de la Disposición Transitoria Primera, párrafo 2º, de la LRJCA de 1998, desde el punto de vista ahora utilizado de la coherencia del sistema, cabe decir que esa solución generalizadora también se desprende de los términos literales y amplios en que aparece redactado el encabezamiento de dicha Disposición Transitoria Primera de la LRJCA “Asuntos de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo”, y, de que es de tener en cuenta que la norma que ahora se estudia se está ocupando expresamente en su párrafo segundo del sistema de recursos aplicables a resoluciones de los TSJ, dictadas en asuntos competencia de los Juzgados, que es la cuestión ahora a resolver. Y que 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 este Supremo Órgano Judicial, pueda atender, según dice la Exposición de Motivos “(...) a su importantísima función objetiva de fijar la doctrina jurisprudencial”.

Por último, ha de significarse que estas posibles restricciones en la recurribilidad de determinadas resoluciones no son incompatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva

del artículo 24.1, debiendo tenerse presente, además, que resulta doctrina reiterada que no se quebranta dicho derecho porque un proceso contencioso-administrativo quede resuelto en única instancia.

En este sentido, debe recordarse que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el acceso a los recursos puede resumirse en los siguientes términos, siguiendo la STC 37/1995: “El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988). No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos; que la regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983). (...) el principio hermenéutico *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a tal pretensión cuya es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos. ‘Es distinto el enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción o aquellas otras que limitan la admisibilidad de un recurso extraordinario contra una sentencia anterior dictada en un proceso celebrado con todas las garantías’ STC 3/1983 y 294/1994”.

En definitiva, y conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 20/2004 y 225/2003), la decisión sobre la admisión o no de un recurso, y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que está sujeto, constituye una cuestión de legalidad ordinaria, que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye el artículo 117.3 del texto Constitucional.

### **B) Motivos: no puede invocarse la infracción del artículo 128.2 LJCA ex artículo 88.1.c) LJCA**

Para la STS de 26 de abril de 2005, Ar. 3929, el motivo de casación que autoriza el artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción, protege sólo, conforme a reiterada doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo los errores *in procedendo* y no los errores *in iudicando*, y lo que el recurrente cuestiona es un error en la valoración que ha hecho la Sala del contenido del artículo 128.2 LJCA, y si no está conforme con esa valoración, e incluso si la misma no es conforme a derecho, se habrá de depurar al amparo del artículo 88.1.d).

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

# Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

**L. MARTÍN REBOLLO**

## La responsabilidad patrimonial de las Entidades Locales

[Iustel, Madrid, 2005, 235 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

En el momento actual en que la doctrina se plantea lo apropiado o no de nuestro sistema de responsabilidad, esencialmente por su gran extensión, y también si es necesaria o no una reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común en cuanto a la polémica responsabilidad del Estado legislador, tema respecto del cual nos ha ilustrado recientemente el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA en su obra *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho Español*, Civitas, Madrid, 2005 –comentada en el número anterior de esta revista–; digo, en este momento de debate en torno a esta importantísima institución, ve la luz una monografía que, aunque en su título se refiere a la responsabilidad patrimonial de los Entes Locales, su contenido realmente va más allá y supone una profunda reflexión sobre el significado mismo de esta figura, expuesto, además, por uno de los mejores conocedores de la responsabilidad patrimonial, el profesor MARTÍN REBOLLO.

El estudio de toda institución requiere retrotraerse a sus orígenes, y eso es lo que hace el citado profesor que, tras una bre-

ve introducción, comienza esta monografía con una evolución histórica de la responsabilidad patrimonial de la Administración Local, destacando especialmente las diferencias que en algún momento histórico existían en este ámbito respecto de la responsabilidad de la Administración General del Estado, especialmente desde el plano procesal, y las cuales desaparecieron en 1985 por medio de la unificación operada por la LBRL y ratificada más tarde en la Ley 30/1992.

Este iter evolutivo parte de la Ley Municipal de 1935, aunque no olvida el antecedente que constituyó la Constitución Republicana de 1931, continúa con la Ley de Régimen Local de 1950, la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, el Proyecto de Ley de Bases de Régimen Local de 1972, la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local de 1975, y culmina con el Proyecto de Ley de Bases de la Administración Local de 1981.

Tras la introducción y la evolución histórica prosigue el autor con una exposición de la responsabilidad patrimonial como institución y su significado respecto del propio concepto de Administración pública. Por tanto y, fundamentalmente, como instrumento garantizador de los ciudadanos.

En esta parte el profesor MARTÍN REBOLLO trata los más importantes problemas que se plantean en la actualidad, partiendo previamente de su encaje en la Constitución, es decir, el punto de arranque es que la eficacia y el control son los dos pilares constitucionales derivados del artículo 103 CE, siendo por ello evidente que la jurisdicción y la responsabilidad son

medios de control pero también, y como recuerda el autor, contribuyen a la eficacia, al menos, enseñando cómo no deben hacerse las cosas.

En cuarto lugar analiza el sistema vigente de la responsabilidad patrimonial de la Administración y sus principales características, partiendo para ello del artículo 106.2 de la CE y descendiendo a continuación a lo regulado por la Ley 30/1992 (artículos 139 y siguientes) y el RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial. Sistema actual que en palabras del autor es “amplio y progresivo”, yo diría que llegando en algún caso a poder calificarse de “excesivo”.

Es un sistema que en resumidas cuentas puede definirse como de Derecho Público, unitario, general, de responsabilidad directa, de carácter objetivo, que tiende a lograr una reparación integral y que hoy, tras sucesivas reformas, pivota sobre la unidad jurisdiccional; pero, como advierte el autor, a pesar de ser sencillo, avanzado y generoso, es también casuístico e inseguro.

Tras la exposición de estos caracteres generales pasa seguidamente a explicar cada uno de los elementos clave de la responsabilidad: el concepto de lesión, la imputación y la relación de causalidad; para continuar con el estudio de la reparación, que ha de ser integral, y los criterios para fijarla, y concluir con la acción para exigir en vía administrativa y contencioso-administrativa tal reparación, con una importante mención a la unificación de jurisdicción en la materia, y sin olvidar igualmente la acción de regreso, que, como bien señala el autor, ha dejado de ser una posibilidad para convertirse en una obligación de la Administración desde la reforma de la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, obligación matizada por lo establecido en el apartado segundo del artículo 145 en relación con los criterios que permiten ponderar la responsabilidad.

Una vez expuestas las claves esenciales de esta institución y su significado mismo el profesor MARTÍN REBOLLO se centra en el análisis de dos ámbitos desde siempre problemáticos: la responsabilidad de concesionarios y contratistas de la Administración y, muy especialmente, otro tema ya tratado —en otra época y con otro marco positivo de referencia— y bien conocido por el autor (*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito urbanístico*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993), como es el de los supuestos indemnizatorios hoy recogidos en la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones.

Respecto del primer caso no cabe duda de la peculiaridad de estos supuestos, ya partiendo de que la propia Ley 30/1992 no hace mención alguna a la responsabilidad de concesionarios y contratistas que sí se preveía en el artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, precepto que el autor entiende derogado por el actual artículo 97.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos, el cual establece la regla general de responsabilidad del contratista frente a terceros salvo que el daño provenga de una orden de la Administración o de vicios del proyecto elaborado por ella en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación. Hace igualmente referencia al tema de la jurisdicción competente y cómo interpretar la supresión del adjetivo “civil” que acompañaba al sustantivo “acción” que dicho precepto (apartado tercero) ha hecho respecto de su redacción anterior.

Finalmente se analizan determinados supuestos indemnizatorios propios del ámbito urbanístico, aunque alguno de ellos al implicar atentado a derechos urbanísticos patrimonializados, como bien señala el autor, se aproximan más a una expropiación.

Dentro de este ámbito se incluyen casos diferentes: la alteración anticipada de planeamiento, y muy relacionado con ello y dado que la Ley no especifica el modo en que debe hacerse esa modificación el autor se hace eco de otro de los problemas más interesantes

en la materia: la responsabilidad por actos legislativos en el ámbito urbanístico, pues dicho cambio de los aprovechamientos inicialmente previstos en el Plan puede provenir de una Ley como es el caso de las leyes autonómicas que declaran ciertas zonas como categorías especiales que implican una reducción de los usos de los terrenos que incluye, por ejemplo, áreas naturales de interés especial. Supuestos estos en que el Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional han acudido en ocasiones al principio de protección de la confianza legítima como justificación de la responsabilidad patrimonial, dando lugar a una interesantísima jurisprudencia en torno al siempre polémico tema de la responsabilidad del Estado legislador.

El segundo de los supuestos se refiere a la indemnización por imposición de vinculaciones singulares (artículo 43 Ley del Suelo), partiendo de que la lesión existe en el momento en que la imposición excede los deberes generales de mantenimiento; aunque a juicio del autor el precepto fija también otro caso más general: aquel consistente en cualquier otra vinculación que excluya el derecho a la equidistribución, tratándose por tanto de “sacrificios especiales”.

El siguiente supuesto analizado se refiere a la responsabilidad por la anulación de licencias, demora injustificada en su otorgamiento o denegación improcedente, previsto en el artículo 44.2 de la Ley del Suelo. El primero de estos casos, es decir, la anulación de licencias, requiere de nuevo acudir al proceso urbanístico, además de suponer el examen de en qué supuestos el dolo o la culpa exonera a la Administración, es decir, se rompe el nexo causal de la responsabilidad.

Por lo que se refiere a la denegación improcedente, no basta con que la misma haya sido declarada sino que es preciso que ello implique y se demuestre un daño efectivo, evaluable e individualizado, lo

cual no es otra cosa que la plasmación de la regla general establecida en el artículo 142.4 de la Ley 30/1992.

En cuanto a la demora injustificada resulta igualmente necesario probar el daño derivado de la misma, lo cual resulta especialmente difícil por la brevedad del plazo del silencio positivo.

Concluye el autor esta parte con una referencia a otros supuestos urbanísticos que igualmente pueden generar la correspondiente indemnización, como son la anulación administrativa o judicial de medidas de protección de la legalidad urbanística, la suspensión del otorgamiento de licencias, la suspensión de efectos de una licencia o la demora o inactividad de la Administración en la adopción de medidas de protección de la legalidad urbanística.

Finalmente, y por lo que se refiere a las conclusiones a las que llega el profesor MARTÍN REBOLLO (sin olvidar que esta obra incluye además un anexo jurisprudencial y una *addenda* en que se reproduce la Conferencia inaugural de las Jornadas sobre responsabilidad del Estado y del funcionario público que, organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Buenos Aires, tuvieron lugar en dicha ciudad del 28 al 30 de junio de 2000), algunas de las cuales ya adelanta a lo largo de las páginas anteriores, resulta muy representativa la siguiente reflexión del autor: “la responsabilidad, que es garantía, pero también principio de orden, está así en el centro de la concepción constitucional de las Administraciones públicas”.

Sin duda esta materia, la de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sigue siendo objeto de debate y atención, a lo que contribuye de forma muy significativa la aportación intelectual que durante —ya— décadas viene felizmente ofreciendo el autor de esta obra.

**F. GONZÁLEZ NAVARRO**

**Procedimiento administrativo local**

[Iustel, Madrid, 2005, 776 páginas (352 Tomo I y 424 Tomo II)]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

El profesor GONZÁLEZ NAVARRO, especialista entre otras materias en procedimiento administrativo nos ofrece en esta ocasión no sólo un análisis profundo de este tema en el ámbito local, sino una perspectiva general de los problemas más acuciantes del denominado “tercer nivel” territorial.

Así el autor entiende que los favorables augurios del “Pacto Local” y el camino iniciado con la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del gobierno local se han visto ralentizados en un momento en el que como éste parece haberse centrado el debate en torno a las autonomías, de ahí aun el mayor interés de esta completa obra en la que junto al procedimiento administrativo local en sentido estricto analiza el citado profesor otros temas de gran relevancia como la posición constitucional de las Corporaciones Locales, la naturaleza del Pleno de las mismas o el de la posibilidad de fijar infracciones y sanciones en las ordenanzas locales.

Esta obra se divide en dos tomos, el primero de ellos comprende cuatro capítulos dedicados respectivamente a los principios y reglas de la autonomía local, procedimiento administrativo común y procedimiento administrativo local, principios y reglas del procedimiento local y órganos colegiados: abstención y recusación; mientras que el segundo comprende los seis capítulos siguientes en que trata los archivos y registros en las Corporaciones locales, registros de entrada y salida de documentos, vías indirectas de prestación, el silencio administrativo, la impugnación de actos de la Administración

local por el Estado y por las Comunidades Autónomas, los principios y reglas condicionantes del ejercicio de la potestad sancionadora de las Corporaciones locales, la ejecución subsidiaria y la defensa contra las vías de hecho administrativas.

Esta obra, por tanto, constituye un punto de referencia en materia procedimental pero también respecto del tema de la Administración local.

**J. JUNCEDA MORENO**

**Comentarios a la Ley 1/2005, de 9 de marzo, de Comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, y a la normativa complementaria de aplicación del Protocolo de Kioto**

[Thomson-Civitas, Navarra, 2005, 360 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

La preocupación de la Unión Europea por el denominado desarrollo sostenible y su aplicación e integración en las acciones comunitarias (recuérdese que por tal principio responde a la idea de lograr un desarrollo que responda a las demandas sociales actuales sin comprometer la capacidad de generaciones futuras de responder a las suyas), unido a la estrategia de reducción de gases de efecto invernadero y de protección atmosférica orientan hoy el sistema de control de emanaciones contaminantes.

Las complejidades de este sistema son expuestas y explicadas por un experto en medio ambiente como es el autor de este libro, el profesor JUNCEDA MORENO, responsable del área de Derecho Administrativo de la Universidad Internacional de Cataluña.

De este modo, el autor analiza en profundidad la regulación del cambio climático y uno de los principales instrumentos de estabilización y reducción de los gases de

efecto invernadero, el intercambio de derechos de emisión.

El tema es abordado no sólo desde la perspectiva nacional sino también desde el contexto internacional y comunitario, analizando igualmente algunos de los modelos de Derecho Comparado, todo lo cual lo lleva a cabo en la primera parte de esta obra; mientras en la segunda se centra en la normativa española y especialmente en la Ley 1/2005, aunque sin perder de vista la normativa previa; para concluir finalmente con un exhaustivo apéndice normativo en que se recogen los textos básicos nacionales, comunitarios e internacionales en la materia.

De tal modo que pese a su título en esta obra no sólo se explica la citada Ley sino que se ofrece igualmente una importante visión global de la materia por un experto en medio ambiente.

### A. VÁZQUEZ OTEO

#### **El agente urbanizador. Especial referencia al urbanizador particular no propietario**

[El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 2005, 1000 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Esta obra ofrece una visión global de esta figura, el agente urbanizador, que ha sido el término genérico que el autor ha utilizado para referirse –en sus propias palabras– a las diversas acepciones legales que permiten la iniciativa privada no propietaria asumir voluntariamente la responsabilidad de gestionar indirectamente la función pública de la ejecución de planteamiento urbanístico, previa tramitación de procedimiento concurrencial para su selección y presentación de las garantías que aseguren su compromiso inversor, sin que ello suponga la sustitución de los propietarios originarios.

Este análisis ofrece además un estudio comparado de la regulación en cada una de las diversas Comunidades Autónomas, permitiéndole todo ello deducir los rasgos definitorios.

De este modo, el autor partiendo de los orígenes de esta figura, es decir, la tensión entre los propietarios y la Administración, analiza la participación de la iniciativa particular no propietaria en la ejecución del planeamiento; todo ello a lo largo de las cinco partes en que se divide esta obra y en las que trata respectivamente los antecedentes legislativos, la adecuación del urbanizador a la normativa de contratación pública, el examen de la figura del agente urbanizador en la legislación de las Comunidades Autónomas, las definiciones básicas y clasificación tipológica, y terminando con una serie de cuadros en que resume los rasgos característicos de la ejecución del planeamiento mediante agente urbanizador en cada Comunidad Autónoma y un diagrama sobre el procedimiento de ejecución del planeamiento mediante promotor en la Comunidad de Madrid.

Sin duda esta figura es de suma relevancia en estos momentos y una clarificación de la misma, como hace el autor, constituirá una importante referencia.

### B-F. MACERA y

#### **M<sup>a</sup>. Y. FERNÁNDEZ GARCÍA**

#### **La responsabilidad de la Administración en el Derecho urbanístico**

[Marcial Pons, Madrid, 2005, 252 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Los autores, profesores de la Universidad de Valladolid, analizan rigurosamente un tema de plena actualidad, tal y como ha podido comprobarse en el comentario al libro del profesor MARTÍN REBOLLO en este mismo número, los supuestos indemnizatorios de la Ley del Suelo.

Lo hacen partiendo de una premisa a mi juicio muy acertada, la de que son excepciones a la regla general de que la ordenación del uso de los terrenos y construcciones no genera derechos resarcitorios, además de hacer una breve referencia previa a las diferencias entre la responsabilidad y la actividad ablatória.

Tras la exposición de estas premisas pasan seguidamente a lo largo de los Capítulos II, III, IV y V, al estudio pormenorizado de diversos supuestos y concretamente de la indemnización por alteración del planeamiento, indemnización por imposición de limitaciones o vinculaciones singulares, indemnización en el campo de las licencias urbanísticas y finalmente concluye esta primera parte de la monografía con el estudio de otros supuestos indemnizatorios no tipificados en la legislación urbanística.

En la segunda parte de esta obra se estudia el mismo problema en el Derecho francés, partiendo del régimen general de responsabilidad administrativa en este ordenamiento y su aplicabilidad en materia de urbanismo, pasando en el Capítulo II al estudio de los supuestos indemnizatorios y requisitos de la responsabilidad administrativa en materia de urbanismo. Finalmente concluyen los autores con unos útiles índices de jurisprudencia y bibliografía.

De este modo, el interés que desde tiempos pasados ha despertado este tema en la jurisprudencia y la doctrina pone de manifiesto la ausencia de la claridad precisa en su regulación, siendo a tales efectos interesante la perspectiva adoptada por los autores de esta obra, así como el estudio de otros sistemas en que igualmente se prevén supuestos similares.

### E. CARMONA CUENCA

#### **La crisis del recurso de amparo (La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional)**

[Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2005]

IGNACIO GARCÍA VITORIA

Resulta especialmente oportuno sugerir en estos momentos la lectura de libro de Encarna CARMONA, cuando se está tramitando en las Cortes Generales un proyecto que modifica aspectos destacados de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y redefine el papel que este órgano debe cumplir en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

El libro ofrece al lector la oportunidad de conocer los elementos centrales del debate, comenzando por las causas que animan la actual reforma. Todos parecen reconocer que el recurso de amparo constitucional, que tanto ha contribuido a la implantación del Estado de Derecho en nuestro país, se encuentra desde hace unos años ante serias dificultades. El aluvión de recursos que llegan al Tribunal todos los años provoca dilaciones excesivas en la resolución de los asuntos, lo que erosiona la eficacia de sus sentencias. Tampoco contribuye a reforzar la imagen de la justicia los conflictos que han surgido con el Tribunal Supremo, causados –según Encarna CARMONA y otros expertos en la materia– por las dificultades para delimitar los ámbitos de actuación de las jurisdicciones ordinaria y constitucional.

La profesora CARMONA busca las causas del problema, que se centra fundamentalmente en el recurso de amparo contra actos y omisiones de los órganos judiciales, en la configuración de la tutela judicial efectiva como derecho recurrible en amparo y en la insuficiente regulación del amparo judicial ordinario frente a las lesiones de los derechos de las partes en el proceso. Más concretamente en la amplitud con la que el propio Tribunal Constitucional ha interpretado el contenido del artículo 24 CE, que no permite en muchas ocasiones discernir qué infracciones procesales tienen realmente relevancia constitucional (como puede comprobar quien lea la crónica sobre derechos fundamentales que se publica en esta Revista).

La autora no se limita a diagnosticar el problema, sino que además toma partido y se atreve a proponer algunas soluciones y descartar otras. Posiblemente sea ésta la parte más interesante de la obra, por lo que no debemos destripar su contenido. Sencillamente recomendamos leer sus argumentadas reflexiones en paralelo con el Proyecto de Ley Orgánica que ha llegado a la Comisión Constitucional del Congreso para que cada uno extraiga sus propias conclusiones. Creemos que no hay nada mejor para animar a leer esta obra que recordar —como dice el Magistrado del Tribunal Supremo Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA en el prólogo— que estamos ante un trabajo lleno de interés y del que el lector sacará sin duda provecho.

**J. GARCÍA ROCA y**

**P. SANTOLAYA MACHETTI (coords.)**

**La Europa de los Derechos Humanos.  
El Convenio Europeo de Derechos Humanos**

[CEPC, Madrid, 2005]

IGNACIO GARCÍA VITORIA

Podemos dar fe de que el libro que tenemos la ocasión de recensionar es fruto de un proceso de elaboración largo y que ha tenido mucho de artesanal. Todo comenzó cuando los coordinadores, quienes desde hace años

vienen comentando las sentencias del Tribunal de Estrasburgo (en adelante TEDH) en la crónica sobre derechos fundamentales de esta Revista, constataron la necesidad de realizar un análisis exhaustivo de la protección de los derechos en el Convenio. La seriedad de la idea vino respaldada por la concesión de un Proyecto de Investigación por parte del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

La estructura del libro responde a la de un comentario por artículos de los derechos contenidos en el Convenio y sus Protocolos Adicionales. Una tarea en la que han colaborado especialistas de disciplinas muy variadas, como exige la naturaleza jurídica plural del documento analizado. Pero, el libro aporta mucho más que información valiosa sobre las principales sentencias del TEDH (cada capítulo incluye un anexo con jurisprudencia seleccionada). A lo largo de toda la obra encontramos —y en eso se distingue de muchos comentarios al uso— una buena dosis de crítica doctrinal y una firme voluntad de inducir principios generales. Se deja sentir el propósito de los coordinadores de mantener un diálogo constructivo con la jurisprudencia, gracias a lo cual los lectores hallarán oportunas referencias cruzadas con otros instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales y con la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. No faltan sugerentes reflexiones para la teoría general de los derechos fundamentales en asuntos como la doctrina del abuso de los derechos, el alcance de las obligaciones que nacen del Convenio o los criterios hermenéuticos que emplea el Tribunal.

La obra plantea con lucidez cómo, al aplicar el Convenio, el Tribunal se debate entre dos principios contrapuestos. Por una parte, el concepto de soberanía nacional y el principio de subsidiariedad, que apuntalan la doctrina del margen de apreciación nacional. Un factor que hace que el TEDH resuelva atribuir en ocasiones a los órganos estatales, que están en contacto directo con la realidad de cada país, una mejor posición para ponderar los intereses en conflicto. En el extremo opuesto, se destaca cómo los

derechos fundamentales forman parte de la mejor noción de Europa. El convenio ha servido, además de para conquistar espacios de justicia, para profundizar en la dimensión cultural y política europea. El objetivo de lograr una “unión más estrecha” entre los europeos legitima al Tribunal para apostar por una interpretación armonizadora o integradora del contenido de los derechos. En otras palabras, para hacer del Convenio un vehículo para una concepción común de los derechos y de la dignidad humana.

Sólo nos resta felicitar a los coordinadores y al resto del equipo, así como recomendar a los lectores de Justicia Administrativa la lectura de esta obra, que reúne todas las cualidades que caracterizan a los mejores trabajos universitarios.

**R. BUSTOS GISBERT**

**La Constitución red: Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución**

[IVAP, Oñate, 2005]

MIGUEL PÉREZ-MONEO AGAPITO

Supone un gran acierto el título de la obra pues enmarca, con precisión, el objeto de estudio. No se trata de un estudio sobre el Tratado Constitucional Europeo, sino de algo mayor. En efecto, el autor, a lo largo del libro, explica los efectos derivados de la supraestatalidad en el concepto básico de Constitución. Hemos de añadir, sin embargo, que el título es modesto, pues la obra trasciende la finalidad del autor y termina por definir, en consonancia con la actualidad global en que vivimos, las bases conceptuales de la norma jurídica “Constitución” encuadrada en la realidad de cooperación e integración internacionales propia de los Estados post-soberanos.

La estructura del libro sirve al propósito del profesor BUSTOS de explicar de forma

integral las transformaciones derivadas de la integración supranacional de un Estado. La Primera Parte, compuesta por dos Capítulos, propone el estudio del concepto clásico de Constitución –punto de partida de la obra– profundizando en los elementos constitutivo y sustantivo del mismo para decantar qué se ha entendido tradicionalmente por Constitución. Con el objeto de ser preciso, entra a estudiar los momentos constitutivos y las características de los mismos y a distinguir términos próximos pero con significados diversos: Constitucionalismo, Constitución, Derecho Constitucional y Orden Constitucional.

Sin perder el hilo del discurso, y sirviendo de gozne entre las dos partes del libro, presenta un Interludio en el que expone los problemas que la globalización ha supuesto para el Constitucionalismo, sintetizando las críticas que el concepto de Constitución viene sufriendo y concluyendo la necesidad de reformular, a la vista de la supraestatalidad, los conceptos básicos expuestos en la Primera Parte.

La Segunda Parte estudia la dimensión constitucional de la supraestatalidad. Para ello trata de romper dos mitos relativos a la globalidad y estatalidad de la norma superior del ordenamiento jurídico. Estudiando la integración que se da en la región europea, Unión Europea y Consejo de Europa, avanza en el objeto de estudio respondiendo a si existe un derecho constitucional supraestatal y cómo se explicarían los cambios que tal derecho provocaría en las Constituciones nacionales.

El Quinto Capítulo cierra la Segunda Parte y la obra escogiendo y explicando el mejor modelo para entender la nueva situación que la supraestatalidad ha generado en el Derecho Constitucional. Para ello, analiza el pluralismo constitucional y aporta una construcción novedosa: la Constitución red.

Un libro sugerente que aporta luz a las complejas relaciones de ordenamientos jurídicos que se superponen sobre los mismos espacios físicos.

## NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS

1. **Contenido.** La Revista *Justicia Administrativa* publica exclusivamente artículos originales que versen sobre materias de Derecho Administrativo y Derecho Público, ya sea español o comunitario o de Derecho vigente y de la jurisprudencia.
2. **Lengua y formato.** Los artículos deberán estar redactados en castellano y escritos en Word u otro formato compatible. Deberán escribirse a espacio y medio, a cuerpo 12 y su extensión no deberá superar, salvo excepción aprobada por el Comité de Evaluación de la Revista, las 30 páginas, incluidas notas, bibliografía y anexos, en su caso. En el encabezamiento del artículo debe incluirse, junto al título, el nombre del autor o autores y su filiación académica o profesional o cargo.
3. **Resúmenes en español e inglés.** Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de entre 100 y 150 palabras en español e inglés. Si el resumen se presenta sólo en castellano, la Revista lo traducirá al inglés para su publicación.
4. **Dirección de envío.** Los originales se deben enviar, preferentemente, en soporte informático o por correo electrónico a Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: [redac@lexnova.es](mailto:redac@lexnova.es), con indicación de su destino a la Revista *Justicia Administrativa*. También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.
5. **Evaluación.** Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación de la Revista, a efectos de su publicación. El Comité podrá requerir el informe de evaluadores externos, si lo considerara necesario. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.
6. **Pruebas de imprenta.** Si así ha sido solicitado por el autor, antes de la publicación se le remitirán las pruebas de imprenta, para su corrección en un plazo máximo de 10 días. No se admitirá la introducción de correcciones sustanciales sobre el texto original aprobado.
7. **Obligación de cumplimiento de las normas.** El incumplimiento de estas normas será causa de rechazo de los originales enviados.

