



*Justicia*  
**Justicia**

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

*Administrativa*  
**Administrativa**

DIRECTOR

**Miguel Sánchez Morón**

editorial

**LEX NOVA**

# REVISTA

## Justicia Administrativa

### CONSEJO ASESOR

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

### DIRECTOR

**Miguel Sánchez Morón**

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

### SECRETARÍA TÉCNICA

**Margarita Beladiez Rojo**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

© LEX NOVA 2006

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A. General Solchaga, 3 47008 Valladolid
TELÉFONO	902 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	clientes@lexnova.es
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] **El acceso de los alumnos a los centros docentes en la educación no universitaria. El papel de la Administración pública**  
ANTONIO EMBID IRUJO

[19] **Las relaciones entre la vía de hecho administrativa y la usucapión por la Administración**  
JOSÉ LUIS BURLADA ECHEVESTE

[41] **Las costas procesales en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa**  
JORGE PÉREZ ALONSO

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[331] **NOTAS BIBLIOGRÁFICAS**



# El acceso de los alumnos a los centros docentes en la educación no universitaria. El papel de la Administración pública<sup>(\*)</sup>

ANTONIO EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Zaragoza

## Sumario:

I. Introducción. Una cuestión que, sorprendentemente, es de permanente actualidad. II. El servicio público de la educación en el Proyecto de Ley Orgánica de Educación. Una tradición normativa que arranca de la Ley General de Educación de 1970 y a la que no se debe otorgar un significado decisivo. Una posibilidad de modificación. III. La intervención administrativa en la educación: A) La programación de la enseñanza y sus finalidades. IV. La intervención administrativa: B) Las comisiones de garantías de admisión. V. La intervención administrativa: C) La zonificación. Las plazas públicas en las nuevas poblaciones. VI. Reflexiones finales.

## I. INTRODUCCIÓN. UNA CUESTIÓN QUE, SORPRENDENTEMENTE, ES DE PERMANENTE ACTUALIDAD

Debo comenzar por una constatación que casi parece de Perogrullo, máxime cuando este trabajo se concluye en el entorno temporal de la manifestación del 12 de noviembre de 2005 que diversas organizaciones han convocado contra el Proyecto de Ley Orgánica de Educación (LOE) y a la que ha acudido un notable número de personas según indican los medios de comunicación. Esta constatación es que, pese a que ya han transcurrido 27 años desde la promulgación de la Constitución y, dentro de ella, de la aparición de su capital artículo 27, continúa estando en discusión un derecho fundamental, como el de los padres o tutores para elegir para sus hijos o pupilos centro docente, tanto público como

(\*) Este trabajo ha sido realizado para un libro colectivo promovido por la Fundación Europea Sociedad y Educación, que fue primeramente expuesto en un coloquio celebrado en Valladolid en junio de 2005.

distinto de los creados por los centros públicos. Bien es verdad que tal derecho no se encuentra directamente contemplado por la Constitución de 1978, pero al tener una evidente presencia en algunos Tratados Internacionales suscritos por España (vid., por ejemplo, el artículo 13.3 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 19 de diciembre de 1966<sup>1</sup>), a través de la recepción de dichos Tratados realizada por el artículo 10.2 CE no hay ningún inconveniente en considerar tal tipo de derecho como fundamental, con todas las consecuencias derivadas de nuestra propia Constitución (regulación por Ley Orgánica ex artículo 81.1 CE y protección por un procedimiento judicial basado en los principios de preferencia y sumariedad y también mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional ex artículo 53.3 CE).

En esos términos, debe constatarse que el proyecto de LOE no niega ni desconoce de ninguna forma la proclamación formal de tal derecho incluyéndolo en la redacción del artículo 4 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE) que se modifica por su Disposición Final Primera.

Sin embargo la manifestación de la que hablo ha tenido como una de sus variadas premisas o lemas de convocatoria, el de la defensa de tal derecho de los padres al acceso para sus hijos al centro que ellos elijan, defensa que se formula porque dicho derecho se cree atacado por algunas regulaciones también contenidas en el proyecto de LOE —al margen de su proclamación expresa que ya he indicado que se contiene en este texto— que se entendería afectan a la sustancia del mismo, a su contenido que, en opinión de las organizaciones convocantes, sería desconocido por la regulación concreta del Proyecto normativo.

Este planteamiento es sorprendente, como digo, al llevarse a cabo a tal distancia temporal de la entrada en vigor de la Constitución y cuando ésta ha sido desarrollada por distintos textos, singularmente la LODE y la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE), que en lo que respecta a la primera, ha superado el parámetro del juicio de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional (cfr. Sentencia 76/1985, de 27 de junio) sin que en ningún momento se haya pronunciado una descalificación de inconstitucionalidad del sistema previsto en la LODE que es, sustancialmente aunque con algunas novedades en mi opinión no sustanciales, idéntico al que ahora figura en el Proyecto de LOE<sup>2</sup>. En efecto, al margen de algunas adiciones en este

(1) El precepto citado indica que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. De forma más reducida vid. el artículo 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. Sobre el particular, vid. J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “El artículo 27 de la Constitución: análisis de su contenido. Doctrina jurisprudencial. Tratados internacionales suscritos por España”, en *Cuadernos de Derecho Judicial (Aspectos jurídicos del sistema educativo)*, CGPJ, Madrid, 1993.

(2) Son los artículos 84-88 del Proyecto los que, fundamentalmente, tratan de la escolarización en los centros públicos y privados concertados. Igualmente se refiere a esta cuestión el artículo 109 con la rúbrica “programación de la red de centros”. Debo resaltar que el Dictamen del Consejo de Estado de 14 de julio de 2005 sobre el Anteproyecto de LOE no encontró en estos preceptos ninguna tacha de inconstitucionalidad ni tampoco hizo aportaciones de alguna significación sobre los mismos, por lo que no será objeto de comentario en este trabajo, fuera de resaltar la ausencia de reproches constitucionales, significativa por el mismo carácter significativo también del mismo Consejo de Estado.

último texto relativas a mandatos de tratamiento igual —que ya se examinarán posteriormente en este trabajo— entre centros públicos y privados concertados en lo relativo a la admisión de alumnos con necesidades educativas especiales y sobre la reserva de plazas en ellos durante el curso para los nuevos alumnos llegados —exigencia lógica del tremendo impacto que la fuerte inmigración en los últimos años está teniendo en la sociedad española, y no sólo en el ámbito educativo—, los rudimentos básicos del sistema no han cambiado en absoluto respecto a lo ya regulado y practicado.

El primero de dichos rudimentos es —y ello se refiere de forma fundamental a alguno de los argumentos de los discrepantes con el proyecto de LOE—, que la Administración Pública tiene la capacidad de llevar a cabo una programación de la enseñanza que afecta, en cuanto puede ordenarlo, al ejercicio en la práctica del derecho de acceso; en ese ámbito la posición de la LODE<sup>3</sup> y del proyecto de LOE es idéntica. Capacidad de programación que, no se olvide ni por un momento, tiene una expresa base constitucional dado que el artículo 27.5 encarga a los poderes públicos “una programación general de la enseñanza” para hacer realidad “el derecho de todos a la educación”.

Esa programación que sería una manifestación sectorial concreta de la genérica potestad de planificación de la Administración pública siempre reconocida por las Leyes, se fundamenta, además de en la necesidad de hacer realidad el derecho a la educación de todos (artículo 27.1 CE), en la necesaria utilización de medios económicos por parte de los poderes públicos que por definición son siempre escasos y que tienen que utilizarse con criterios de eficiencia y economía (cfr. artículo 31.2 CE).

Pero, igualmente, es signo distintivo de la regulación legal desde los primeros tiempos de vida constitucional que, al margen del ejercicio del derecho de acceso por parte de los padres (o tutores), son los titulares de los centros (con una intervención de diverso cariz de los Consejos escolares<sup>4</sup>) quienes deciden sobre la admisión aplicando los criterios de prioridad establecidos normativamente cuando no existen plazas suficientes, manteniéndose la Administración Pública —la competente en cada caso— como garante general del respeto a la legalidad en el ejercicio de tal derecho.

(3) En la LODE la programación general de la enseñanza se regula en sus artículos 27 y ss.

(4) El artículo 57.c) LODE atribuye al Consejo Escolar de los centros concertados la competencia de “garantizar el cumplimiento de las normas generales sobre admisión de alumnos”. El artículo 82.1.c) LOCE y para los centros públicos da al Consejo Escolar la competencia de “participar en el proceso de admisión de alumnos”.

**CORRESPONDE  
A LAS COMUNIDADES  
AUTÓNOMAS  
DESARROLLAR  
LA PROGRAMACIÓN  
EDUCATIVA PARA HACER  
EFECTIVO EL DERECHO  
DE TODOS  
A LA EDUCACIÓN**

La sorpresa se deriva, igualmente, de que al margen de todo lo que pueda sostenerse en el plano teórico, en la práctica el derecho de acceso de los padres o tutores se ejercita sin grandes sobresaltos. Como las estadísticas prueban (se hizo mención a ellas suficientemente por distintos Directores Generales de diversas CCAA en el interesantísimo coloquio de Valladolid de junio de 2005 previo a esta publicación), casi todos los solicitantes (en proporciones siempre superiores al noventa por ciento en todas las CCAA) consiguen en el procedimiento que se realiza en los procesos de admisión que se convocan en torno a los últimos días del mes de abril o primeros del mes de mayo y para hacerse efectiva al curso siguiente, que sus hijos obtengan plaza en el Colegio, público o privado concertado, que eligen en primera opción. De mi experiencia personal deduzco, además, que el pequeño resto que no lo logra suele conseguir su deseo preferente posteriormente, en el momento concreto de comenzar el curso porque casi siempre hay reacomodaciones de solicitantes o variaciones en torno a la capacidad inicialmente propuesta.

En cualquier caso, un pequeño, más que minúsculo, número de frustraciones o insatisfacciones no puede servir para enervar la afirmación que me parece elemental de que el derecho de elección está garantizado en la teoría y también en la inmensa práctica en nuestro país. Ese pequeño número de excepciones, normalmente existente sólo en las grandes ciudades (en la mayor parte de los muy pequeños municipios del país, que son muchos en la España interior, no hay más oferta educativa que la pública consistente, normalmente, en un solo centro) se justifica en un sistema que tiene que partir necesariamente de una afirmación que ha estado siempre presente en las grandes leyes educativas (LODE de 1985, LOCE de 2002 y ahora en el proyecto de LOE de 2005) y es que deben existir criterios de elección (proximidad, hermanos en el mismo centro, determinadas enfermedades, medios económicos, expediente en determinados casos...) para establecer una prioridad (una forma de “desempate”) entre solicitantes de una determinada opción para ingresar a sus hijos o pupilos en un concreto centro cuando no sean suficientes las plazas en relación al número de solicitudes. Y ello sucede de la misma forma que se deben establecer criterios y procedimientos específicos para seleccionar a quienes pretenden entrar al servicio de la Administración Pública (cfr. artículos 23.2 y 103.3 CE), por poner también el ejemplo de un derecho fundamental que, según la Constitución, debe ejercitarse y garantizarse en condiciones de igualdad. Y todo ello dejando al margen, obviamente, cómo un determinado número de insatisfacciones y problemas tienen su origen en fraudes y picarescas de algunos padres muy difíciles de atajar<sup>5</sup>.

Hecha una afirmación general acerca de la garantía constitucional y también en la legislación ordinaria, tanto en el pasado como en el Proyecto de LOE, del derecho de acceso a centros educativos por parte de padres o tutores, en el presente trabajo me voy a preocupar de profundizar en ello desde la perspectiva específica de la intervención de la Administración Pública, que es lo que puede, presumiblemente, esperarse de un especialista en De-

(5) Inevitablemente los medios de comunicación en torno a mayo informan de ese tipo de problemas. En mi ciudad de residencia –Zaragoza– en el último proceso celebrado en mayo de 2005, sólo 80 padres no pudieron en primera opción encontrar el centro elegido. Pero se llegó a la contratación de detectives privados por parte de estos padres que demostraron la existencia de distintos fraudes cometidos por otros (domicilios falsos, etc.) denunciando ante la Administración dichas prácticas.

recho Administrativo y dejando al margen otro tipo de tratamientos constitucionales que ya he llevado a cabo en diversas ocasiones y a los que me remito, porque sigo estando de acuerdo con su contenido, pese a la antigüedad de la principal referencia<sup>6</sup>. Pero para ello voy a comenzar tratando de la afirmación presente en algunos lugares del proyecto de LOE, de que la educación constituye un servicio público, a los efectos de razonar sobre la realidad y oportunidad de tal afirmación y, en todo caso, sobre las hipotéticas consecuencias que tendría sobre el sistema de derechos y libertades garantizado constitucionalmente.

## **II. EL SERVICIO PÚBLICO DE LA EDUCACIÓN EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE EDUCACIÓN. UNA TRADICIÓN NORMATIVA QUE ARRANCA DE LA LEY GENERAL DE EDUCACIÓN DE 1970 Y A LA QUE NO SE DEBE OTORGAR UN SIGNIFICADO DECISIVO. UNA POSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN**

En varios lugares del proyecto de LOE se afirma que la educación es un servicio público. Dejando al margen otro tipo de referencias, acudo a la reproducción de un precepto existente dentro de los que debo examinar en este trabajo, como es el artículo 109 del Proyecto. Éste dice así en el primero de sus apartados:

“La programación de la oferta educativa se hará desde la consideración de la educación como servicio público que se prestará a través de la red de centros públicos y privados concertados para hacer efectivo el derecho de todos a la educación.”

Posteriormente, el apartado tercero del mismo artículo 109 en su primer inciso indica que:

“En la programación de la oferta de plazas, las Administraciones educativas armonizarán las exigencias derivadas de la consideración de la educación como servicio público, con los derechos individuales de alumnos, padres y tutores.”

Esta mención al servicio público ha resultado —la consulta, otra vez, a los medios de comunicación, más que prolijos en sus referencias en estos días, es más que representativa de lo que indico, lo que me exime de realizar citas particularizadas— una de las más discutidas por quienes se oponen al contenido del proyecto de LOE al que llegan a tachar por esta mención de inconstitucional. Ateniéndose a la consideración tradicional que esta expresión ha tenido en nuestro derecho, se discute su adecuación y se dice que una de las consecuencias de la utilización de la misma sería el profundo intervencionismo administrativo que lleva consigo de manera connatural, hasta el punto de que deducción lógica de su afirmación sería que los particulares para dedicarse al ejercicio de la enseñanza precisarían de una suerte de “concesión administrativa” otorgable discrecionalmente, como sucede regularmente con las concesiones, demaniales o de servicio, en nuestro derecho (cfr. ejemplificativamente el artículo 59.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio). En resumen, un sistema de servicio público educativo resultaría incompatible con una Constitución basada en la afirmación de la libertad de creación de centros docentes (artículo 27.6 CE) y en la misma afirmación

(6) Me remito de forma general a A. EMBID IRUJO, *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983, in totum.

de servicio público también podría encontrarse el fundamento del menosprecio que, en las opiniones que genéricamente refiero aquí, se producirían en el ámbito del ejercicio del derecho de los padres al acceso para sus hijos a los centros públicos o privados de su elección, sobre todo cuando se trata, específicamente, del acceso a los centros privados concertados.

Lo primero que ante este tipo de opiniones interesa decir, es que no hay nada en el texto del proyecto de LOE que sea congruente con el tipo de consecuencias y deducciones que los detractores de la expresión servicio público encuentran en el proyecto de texto legal como deducible de la misma. No es un sistema concesional, en absoluto, el que el proyecto de LOE regula para la apertura de los centros educativos sino que, al contrario, a falta de regulación específica en el mismo proyecto seguirá aplicándose necesariamente el procedimiento de autorización administrativa regulado de forma general en el artículo 23 LODE<sup>7</sup>, autorización administrativa que es, además, absolutamente reglada en su otorgamiento<sup>8</sup>. Una autorización administrativa congruente, por otra parte, con el objeto de un centro educativo: impartir unas enseñanzas que conducen a la obtención de títulos oficiales. Es claro que si el centro educativo se crea para cualquier actividad diferente de la impartición de enseñanzas que conducen a títulos oficiales, la intervención administrativa (de los diversos entes y órganos administrativos competentes) se mantendrá dentro de los principios generales del derecho no educativo: licencia de obras, seguridad, salubridad etc. (cfr. artículo 24 LODE).

La expresión “servicio público” en el ámbito de la educación no puede verse, en modo alguno, como se contempla esta expresión en otros ámbitos de la intervención administrativa en donde no existe un sistema de derechos fundamentales establecido. El abastecimiento de agua, la recogida de basuras, la depuración de aguas residuales (por poner fáciles ejemplos relativos regularmente a la Administración local que es su titular), son servicios públicos en la plena extensión de la palabra, servicios que suponen la titularidad de la actividad por parte del poder público y, en su caso, la apertura a la intervención de los privados –gestión indirecta del servicio– sólo en el marco de las técnicas expresamente previstas para ello (concesión, concierto, empresa mixta, ... cfr. los artículos 154 y siguientes. del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y, en otro plano, lo establecido en el artículo 86 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985). De forma congruente con la expresión y con las técnicas propias de tal servicio, se presupone la discrecionalidad del poder público para elegir la forma de gestión, discrecionalidad que –dentro de la aplicación de los criterios que suelen especificarse en el pliego correspondiente– se aplicaría también a la selección del concreto particular que será designado como colaborador de la Administración.

(7) Cfr. A. EMBID IRUJO, “Libertad de creación de centros de enseñanza y potestades administrativas de supervisión y control”, en *Aspectos administrativos del derecho a la educación: especial consideración de las Universidades Públicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, vid. págs. 159 y ss. especialmente.

(8) Vid. el desarrollo normativo reglamentario en el RD 332/1992, de 3 de abril, sobre autorizaciones de centros docentes privados para impartir enseñanzas de régimen general no universitarias.

Pero, insisto, nada de lo existente en el proyecto de LOE camina ni expresa ni implícitamente en esta dirección.

Lo que sucede es que la expresión “servicio público” constituye una de las tantas que en derecho (y no sólo en el derecho administrativo) son difícilmente definibles y, desde luego, delimitables. Pertenece a una de las aspiraciones en las que muchos juristas caen y recaen —nunca cometeré ese pecado— y que les conduce irremediabilmente a la frustración, la de intentar una definición precisa y útil del concepto de servicio público, que sea aplicable a todas las actividades que las muy diversas leyes pueden definir como tal. Es una tarea vana e inútil, tanto ahora, como desde los mismos orígenes de una expresión que cuenta con un siglo de existencia.

En el caso concreto de la educación, la expresión servicio público podemos encontrarla ya en la Ley General de Educación de 4 de agosto de 1970, cuyo artículo 3.1 comenzaba diciendo que:

“La educación, que a todos los efectos tendrá la consideración de **servicio público fundamental**, exige a los Centros docentes, a los profesores y a los alumnos...”.

Pero nada en la Ley General de Educación de 1970 era congruente con esta afirmación inicial. No había fórmulas de participación de los particulares en la actividad educativa a través de las consabidas técnicas de gestión indirecta sino que, al contrario, el principio de la mera autorización administrativa era lógicamente la forma de intervención administrativa en este ámbito. Desde luego GÓMEZ FERRER muy poco tiempo después de la promulgación de este fundamental texto de nuestra historia normativa educativa y con referencia para apoyarse en sus argumentos en la doctrina italiana del servicio público objetivo, dejó clarísimamente sentado cómo la LGE no podía ser leída de esa forma reduccionista y estrecha, congruente con la concepción tradicional del servicio público sino, insisto, como una mera referencia al “interés” público en una determinada actividad que en Italia se había estructurado en torno a esa expresión de “servicio público objetivo” que permitía pasar por alto sobre el tema de la titularidad pública de la actividad que es lo que lógicamente se hubiera debido deducir de la concepción estricta de servicio público<sup>9</sup>.

**LAS “COMISIONES U  
ÓRGANOS DE GARANTÍAS  
DE ADMISIÓN”  
SUPERVISAN EL PROCESO  
DE ADMISIÓN  
DE ALUMNOS Y  
GARANTIZAN  
EL CUMPLIMIENTO  
DE LAS NORMAS QUE  
LO REGULAN**

(9) Cfr. R. GÓMEZ-FERRER MORANT, “El régimen general de los Centros privados de enseñanza”, RAP 70, 1973, y mi tratamiento en las págs. 335 y ss. de *Las libertades...*, op. cit., remitiéndome aquí a la diversa bibliografía que en dicho trabajo utilizaba.

Y es esta tradición de la LGE la que, sin duda, se encuentra detrás del artículo 109 del proyecto de LOE y también de algunas otras menciones en su texto sobre las que no considero procedente razonar ahora porque no aportarían ninguna novedad sobre lo que ya digo.

Plena congruencia, por tanto, del proyecto de LOE con el sistema de derechos y libertades garantizado constitucionalmente. No cabe duda, por otra parte, que hoy en día existe una expresión —si se desea profundizar por ese camino— que puede servir para describir, de una forma más correcta y también concreta, el significado de una actividad como la educación desde el punto de vista del “interés” que debe suscitar para los poderes públicos y también para profundizar en lo que los ciudadanos —en este caso los demandantes de educación— pueden esperar recibir de la misma. Se trataría de la expresión “servicio de interés general” mediante la que se conectaría el ámbito de la educación con determinados preceptos del Tratado de la Comunidad Europea (cfr. artículos 16 y 86.2 con la adición en ellos de la palabra “económico” que, obviamente, no procede de forma estricta para la actividad educativa). Pero el utilizar esta expresión y no la otra es una opción legítima del legislador y en modo alguno una obligación<sup>10</sup>.

Porque, además, hoy ningún jurista medianamente serio puede ignorar la historia normativa de la expresión “servicio público” en la educación española (con el origen que ya he resaltado en la LGE de 1970), la interpretación doctrinal rigurosa de la que fue objeto y, sobre todo, que en derecho las palabras significan sólo aquello que pueden significar en función del contexto general de la norma en la que se encuentran y dentro de los principios que son la “normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones”, como ejemplificativamente dice la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998 continuando literalmente la saga de la Ley de 1956 en esta cuestión. Y este significado es evidentemente claro y taxativo en el Proyecto de LOE y conduce ineludiblemente y como única solución posible, a su compatibilidad con el sistema de derechos y libertades regulado constitucionalmente.

### III. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA EDUCACIÓN: A) LA PROGRAMACIÓN DE LA ENSEÑANZA Y SUS FINALIDADES

Existe en el proyecto de LOE, igual que en el derecho hasta ahora vigente, una evidente intervención administrativa en el ámbito educativo, plenamente congruente con las altas exigencias que el artículo 27 CE destina a los poderes públicos para, fundamentalmente, hacer realidad el derecho a la educación que forma el inicio de tan complicado y matiza-

(10) Cuestión diversa es que en el necesario pacto que debería existir en torno al sistema educativo —y que nunca debe desesperarse en la postulación del mismo, por más que parezca dificultoso— pudiera alcanzarse un principio de acuerdo en la sustitución de la expresión “servicio público” por la de “servicio de interés general”. Nada, insisto, cambiaría en el régimen jurídico establecido en el proyecto de LOE como consecuencia de tal cambio. La experiencia dice, sin embargo, cómo en política en torno a meros cambios formales pueden alcanzarse acuerdos duraderos, lo que siempre sorprende —y a veces maravilla— al puro estudioso jurídico que no suele conceder tanta trascendencia sólo a los meros vocablos.

do precepto (cfr. artículo 27.1 CE). En el presente epígrafe me voy a referir al concepto de programación de la enseñanza como actividad administrativa y de la que, como indiqué en el primero de los apartados de este trabajo, existe un encargo específico en la misma Constitución (artículo 27.5).

Pues bien, la programación administrativa debe hacer realidad el derecho a la educación y eso ha conducido a una suerte de planificación global de la actividad de la enseñanza lo que en muchas CCAA ha determinado, por ejemplo, la elaboración de mapas escolares, la suscripción de acuerdos con los distintos sectores educativos sobre creación de centros, dotación de plazas de profesorado, etc. No cabe duda de que esa programación ha conseguido su objetivo fundamental consistente en proporcionar una plaza a todo demandante de educación, plaza que, además, es gratuita en la enseñanza obligatoria, para seguir cumpliendo los mandatos constitucionales existentes en este sentido (artículo 27.4 CE). En ningún momento ha puesto en canción el TC (cfr. otra vez es obligada la referencia a la Sentencia 76/1985 en relación a la LODE) la virtualidad de este concepto de programación de la enseñanza al que juzgo como una de las grandes novedades del sistema educativo postconstitucional, plenamente congruente con una posición del Estado (los poderes públicos) no subsidiaria en el plano de la enseñanza y que por su base constitucional, no puede con visos de éxito, ser discutida<sup>11</sup>.

En el plano de la LOE es el artículo 109 en que desarrolla el concepto de programación en lo relativo al ejercicio del derecho de acceso. Es claro que corresponde a cada Administración pública competente (las Administraciones competentes son las CCAA) el desarrollar en su ámbito de responsabilidad la programación educativa para hacer efectivo el derecho de todos a la educación.

Pero el proyecto de LOE introduce dos objetivos de la actividad de los poderes públicos en este plano de la admisión a los centros docentes. Se refiere a ellos el artículo 87 y de él se deduce que los poderes públicos:

- establecerán la proporción de alumnos con necesidades específicas de apoyo educativo que deban ser escolarizados en cada uno de los centros públicos y privados concertados (apartado primero) y
- establecerán una reserva de plazas tanto en los centros públicos como en los concertados para facilitar la incorporación de alumnos al sistema educativo una vez iniciado el curso (apartado segundo).

Las dos menciones, en principio, me parecen enteramente razonables y, desde luego, adecuadas al ordenamiento constitucional en cuanto no violentan ni expresa ni implícitamente ninguno de sus preceptos. En relación a la primera y con ganas de “convencer”, recurre incluso el Gobierno en su Proyecto a especificar las razones que le guían, cosa que no siempre es recomendable –ni, desde luego, exigible– desde meros presupuestos de

(11) Hago otra vez una mención al gasto público implícito en el concepto de programación y a los mandatos de eficiencia y economía que para el mismo contiene la Constitución en el artículo 31.2.

técnica legislativa. Dice, así, que adopta esa resolución “con el fin de asegurar la calidad educativa para todos y los valores de cohesión social e igualdad de oportunidades”. Aunque no lo dijera sería igual, pues difícilmente otros objetivos que los reseñados pueden ser los que guíen el establecimiento de una norma de este tipo que, sin embargo y en el plano de la práctica, debe ser ejercitada con una elemental mesura en su aplicación. Así, por ejemplo, parece evidente que nunca podría obligarse a los padres a matricular a su hijo con necesidades educativas especiales en un centro que ellos no quisieran elegir cuando existiera plaza de las reservadas para este tipo de alumnos en el centro de su elección. Pero —como en el caso general de los procedimientos de admisión— cuando no hubiera tal tipo de plaza, es cuando deberían necesariamente matricular a su hijo en otro centro que no fuera de su primera opción pero que sí contara con plazas reservadas para este tipo de alumnos.

Igualmente en el segundo de los casos se recurre a la especificación de las razones que mueven al Gobierno en la configuración de su proyecto normativo: “para facilitar la incorporación al sistema educativo de alumnos una vez iniciado el curso”. Es, sin duda, la fuerte y no programada inmigración que vive nuestro país en los últimos años, la causa de una norma como ésta también enteramente razonable. Las dos juntas tienen el mismo objetivo de impedir la concentración unilateral de un determinado tipo de alumnos en un, también, determinado tipo de centros —no tenemos por qué apuntar en cuáles aunque la experiencia dice claramente cuáles son éstos mayoritariamente— lo que va en desdoro de la propia calidad de su educación y puede muy probablemente afectar también a la del resto de sus compañeros. No cabe duda, en resumen, que es el ejercicio en condiciones de calidad del derecho a la educación de todos (cfr. artículo 27.1 CE) quien subyace a los propósitos normativos del Proyecto de LOE en los puntos que se indican.

#### **IV. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA: B) LAS COMISIONES DE GARANTÍAS DE ADMISIÓN**

He indicado con anterioridad que quien ejercita el derecho son los padres y quienes deciden la admisión si no hay plazas suficientes, son los centros con la intervención en diverso sentido de los respectivos Consejos Escolares. A la Administración no queda otro papel que el lógico de garantizar el funcionamiento conforme a derecho del sistema.

El proyecto de LOE (cfr. artículo 86.2) pretende elevar a norma legal lo que anteriormente se contenía en algunas disposiciones reglamentarias fundamentalmente autonómicas y es que las Administraciones educativas (las CCAA) deberán constituir “comisiones u órganos de garantías de admisión” a las que se atribuye la competencia de supervisar el proceso de admisión de alumnos y garantizar el cumplimiento de las normas que lo regulan. Estas comisiones son en el Proyecto de Ley que se comenta de composición plural (representantes de la Administración educativa, de la Administración local, de los padres, de los profesores y de los centros públicos y privados concertados) debiendo ser la normativa de cada Comunidad Autónoma quien la concrete.

No aparece en el texto legal de qué manera tendrá lugar esa supervisión y garantía del cumplimiento de las normas, quedando también ello reservado a la competencia de las Administraciones competentes (las CCAA) que, obviamente, no deberán en su actividad regulatoria perturbar los principios básicos del ejercicio del derecho de libertad de elección que he especificado *supra*. En general y sobre esta cuestión, probablemente sería más congruente con el carácter de la legislación básica que tiene la del Estado en el Estado de las Autonomías (mínimo común normativo, principios comunes reservando un ámbito de libertad de configuración para las CCAA tal y como el TC ha dicho en multitud de ocasiones), que la existencia de las Comisiones de escolarización o de garantías de admisión se configurara como una posible opción de cada Comunidad Autónoma y no como una obligación, pues podrían ejercitar opciones diferentes que no me corresponde imaginar aquí —y quién sabe *a priori* si ellas, por desconocidas todavía, podrían ser más efectivas— en función de sus competencias educativas.

También sería probablemente más acertado que esta configuración de las Comisiones como una opción organizativa, fuera acompañada en el proyecto de LOE de alguna especificación sobre el significado y contenido de su intervención, en el caso de que existieran, para evitar cualquier duda sobre su papel que debe ser en todo caso instrumental del principal que corresponde a padres y titular del centro. En ese sentido me parece que la Ley debería regular —como medida complementaria de todo lo que se indica— una reclamación a interponer ante la Administración pública por cualquier interesado frente a medidas adoptadas por los centros en los procesos de admisión. Si las Comisiones pueden, por lógica y principios generales de la regulación del procedimiento administrativo común (cfr. artículo 68 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común), conocer de las denuncias que los interesados formulen ante ellas, no es óbice que se reconociera también tal derecho de reclamación a los interesados. Que en el caso de los centros privados y como es evidente la reclamación no tendría lugar contra un acto administrativo, no es inconveniente para la regulación legal de tal tipo de recurso existiendo otros ejemplos semejantes en el ordenamiento jurídico<sup>12</sup>.

**HABIENDO PLAZAS  
EN UN DETERMINADO  
CENTRO NO DEBERÍA  
NEGARSE EL ACCESO A UN  
SOLICITANTE  
POR EL MERO HECHO  
DE PERTENECER,  
POR SU RESIDENCIA,  
A UN LUGAR DISTINTO**

(12) Cfr., a título de ejemplo, la reclamación regulada en los artículos 51 y ss. de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español, las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE.

## V. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA: C) LA ZONIFICACIÓN. LAS PLAZAS PÚBLICAS EN LAS NUEVAS POBLACIONES

Aun cuando el establecimiento dentro de una misma ciudad de zonas no es un mandato taxativo del Proyecto de LOE, el artículo 86.1 prevé, para el caso de que exista tal zonificación, que ésta sea la misma “para todos los centros públicos y privados concertados”. Ello se hace —otra vez la técnica de la explicación de la norma en la misma norma— para garantizar “la igualdad en la aplicación de las normas de aplicación”.

Es la zonificación, de siempre, uno de los caballos de batalla en los que más hincapié se pone por quienes se oponen a los sucesivos textos normativos que han existido en el ámbito de la educación. Indican, así, que la zonificación impide en la realidad el ejercicio del derecho de acceso cuando el centro que hubieran elegido los padres se encontrara en una zona distinta a la que les correspondería.

La respuesta jurídica a esta objeción tiene que encontrarse, necesariamente, en el concepto de programación de la enseñanza (con su correspondiente base constitucional ex artículo 27.5 CE y que ya he resaltado en este trabajo) y en la dificultad que sobre todo en las ciudades muy grandes, tiene la organización de un sistema de ejercicio masivo del derecho de acceso. En cualquier caso me parece evidente que la Administración en el uso de su capacidad de programación debería evitar una zonificación excesiva, puesto que a partir de una determinada parcelación, además de poner dificultades al ejercicio del derecho de acceso, complicaría también la misma práctica del sistema. Y, desde luego, debería existir una precaución elemental en cualquier normativa reglamentaria (autonómica, obviamente) sobre el particular, y es que habiendo plazas en un determinado centro se encuentre en la zona que se encuentre, no debería negarse el acceso a un solicitante por el mero hecho de pertenecer, por su residencia, a un lugar distinto. Es elemental el principio, pero a veces también conviene reiterar lo obvio.

## VI. REFLEXIONES FINALES

Llega el momento de concluir este pequeño trabajo con la plena conciencia de que quedarían bastantes temas por tratar (como el comentario sobre el contenido y significado de los distintos criterios de admisión cuando existen más solicitudes para un centro que plazas disponibles, su carácter exhaustivo o enumerativo, la libertad de las CCAA de implementar otros, las prioridades entre los criterios, la cooperación entre Administraciones Públicas, etc.) pero sin que ello sea posible por las lógicas limitaciones de espacio que tiene un libro de autor colectivo. Sí que quiero indicar, en todo caso, que el principio de que el ideario de un determinado centro nunca podrá ser requisito de admisión (cfr. artículo 84.9 del Proyecto de LOE) me parece plenamente adecuado en un sistema de libertades en la enseñanza y como medida preventivamente muy acertada para evitar la existencia de guetos ideológicos en determinados centros. El libre desarrollo de la personalidad, que es una de las finalidades de la educación según el artículo 27.2 CE, es realizado, entre otras

maneras, por medio de un sistema que no presuponga el predominio, sin más, del contenido de una libertad (la de creación de centros) sobre el genérico derecho a la educación que debe ser siempre prevalente en caso de hipotético conflicto<sup>13</sup>.

En todo caso me gustaría incidir en cómo aspectos como los tratados aquí tienen un complemento lógico y que no puede olvidarse nunca, en la financiación pública de la enseñanza privada concertada tanto en sus aspectos conceptuales (el régimen de conciertos y su significado, el derecho al concierto o la simple expectativa, sus posibilidades de renovación, etc.<sup>14</sup>) como en la cuantía de la misma. A nadie se le escapa esto siendo una de tantas circunstancias en las que la especulación jurídica sobre los derechos fundamentales debe tener como elemento subyacente la clásica idea de que “quien trata de derechos fundamentales no trata sólo de derechos fundamentales”<sup>15</sup>. Desde esos presupuestos es un dato objetivo que la situación desde el punto de vista económico y de la cuantía de los módulos de la enseñanza concertada, no es en modo alguno boyante sino que, al contrario, el coste de la plaza escolar en la enseñanza privada concertada es bastante inferior al de la pública lo que determina dificultades en el funcionamiento diario de muchos de estos centros. Las prohibiciones sobre financiación adicional que contiene el proyecto de LOE (cfr. su artículo 88) tienen una virtualidad general —y plausible desde todos los puntos de vista— consistente en evitar la discriminación para alumnos de clases sociales desfavorecidas en el ejercicio práctico del derecho de acceso ejercido por sus padres y tutores a los centros privados concertados y, al tiempo, reaccionan contra abusos y barreras “defensivas” artificiales contra esa entrada que ha sido muy fácil encontrar en muy diversas circunstancias, pero debería ser contrapesada con un aumento de financiación pública y, desde luego, con la vigilancia efectiva por parte de la Administración de que se cumple esa prohibición de introducción de elementos discriminatorios económicos.

Lo indicado no quiere decir, en modo alguno, que se deba llegar a la absoluta equiparación entre el coste escolar de una plaza en la enseñanza pública y otra en la privada, pues tal exigencia no puede ser deducida en modo alguno de la Constitución texto que, al contrario, contiene mandatos permanentes de exigencias para los poderes públicos que en modo alguno se dirigen a los particulares (cfr. el artículo 9.2 CE congruente con el principio del Estado Social de Derecho del que parte el artículo 1 de la CE y la realidad insoslayablemente deducida del derecho a la educación del mantenimiento de una red pública de enseñanza en todo el país, allí donde no hay el más mínimo tipo de interés por parte de la iniciativa privada).

(13) La ponderación entre bienes (derechos fundamentales) que es un mecanismo al que el intérprete y el TC, en su caso, deben acudir en supuestos de conflicto, debería en estos casos resolverse siempre a favor del derecho a la educación que hasta en la misma composición del artículo 27 CE es el primero en ser enumerado.

(14) Sobre el particular me remito a tres libros con orientaciones bien distintas. Cfr., así, a I. DE LOS MOZOS TOUYA, *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo, Madrid, 1996; J.M. DÍAZ LEMA, *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional y en el derecho comparado*, Marcial Pons, Madrid, 1992 y A. ROMEA SEBASTIÁN, *Régimen jurídico de los centros concertados*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003. Muy crítico el primero, hasta el punto de forzar —en mi opinión— lo que dice la Constitución; crítico también el segundo con el sistema, aunque con un discurrir jurídico más matizado y profundo, y, finalmente y sin abandonar el adecuado método jurídico, favorable el último al sistema regulado bien que postulando determinadas variaciones conceptuales y de práctica.

(15) Es una frase de LUHMANN que reproduce en la introducción de mi libro *Las libertades en la enseñanza*, op. cit.

Finalmente y desde una perspectiva mucho más amplia que la estrictamente parcial que me ha tocado estudiar en esta ocasión, nada sería más deseable que el alcanzar un pacto, al menos mínimo, entre los diversos implicados en la tarea educativa. Como ya he dicho en muchas ocasiones, todas las opciones políticas de relevancia han gestionado la enseñanza en nuestro país durante la etapa postconstitucional y todas son responsables, por acción u omisión, de lo bueno y malo que en la actualidad tiene nuestro sistema educativo por lo que no tienen sentido –fuera del terreno de la estricta lucha partidista– los reproches que no dejan salida a la adecuada componenda como requisito esencial de seguir en la tarea siempre inacabable de perseguir un sistema educativo de excelencia. En mi percepción no son insuperables las diferencias entre los actores políticos y sociales, pues la Constitución está marcando inevitablemente y frente a lo que, quizás, algunos querrían, líneas de necesaria conjunción en supuestos básicos y elementales. La trascendencia específica de la educación en relación al conjunto del sistema de convivencia del país, al clima de necesaria tolerancia que debe existir, la necesidad de que se busquen espacios amplios de compartir vida y experiencias por alumnos provenientes de distintas clases sociales en los años de necesario camino en su proceso de socialización, exigen un esfuerzo desprendido y generoso por parte de todos. No perdamos la esperanza.

# Las relaciones entre la vía de hecho administrativa y la usucapión por la Administración

**JOSÉ LUIS BURLADA ECHEVESTE**

Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad del País Vasco

## Sumario:

**I. Introducción. II. Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.** A) Sugerencia de la imposibilidad de usucapión. B) El rechazo aparente de la prescripción adquisitiva. C) Extensión de la doctrina aplicada a la vía de hecho al derecho de reversión. D) La primera sorpresa. E) La clara confirmación de la operatividad de la usucapión también en los casos de vía de hecho. **III. Conclusiones.**

## I. INTRODUCCIÓN

La usucapión o prescripción adquisitiva es una forma de adquirir la propiedad que se lleva a efecto mediante una posesión continuada durante el tiempo exigido por la Ley. El artículo 1930 del Código Civil dice que por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la Ley, el dominio y los demás derechos reales, y el artículo 609 del mismo Código menciona la prescripción al enumerar las causas o modos por los cuales puede adquirirse la propiedad. El artículo 1931 del Código Civil establece con carácter general que “pueden adquirir bienes o derechos por medio de la prescripción las personas capaces para adquirirlos por los demás modos legítimos”. Por tanto, sin más problemas que los que pueden plantearse en relación con otras personas jurídicas

(buena fe, órgano competente, etc.), la Administración puede adquirir bienes por medio de la prescripción adquisitiva<sup>1</sup>.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1997 (Sala Tercera) vino a señalar que la ocupación por la Administración de un bien inmueble por la vía de hecho hace que resulte “imposible admitir que la posesión así adquirida pueda considerarse pacífica”. Y puesto que el artículo 1941 CC establece como requisitos generales para que pueda producirse la usucapión que la posesión sea en concepto de dueño, *pacífica*, pública e ininterrumpida, parecía que la vía de hecho administrativa impedía la posibilidad de que la Administración adquiriese la propiedad del inmueble ocupado por medio de la usucapión. Apoyándose en esta Sentencia, fueron llegando a la misma Sala —y Sección— del Tribunal Supremo distintos recursos de casación que, sin embargo, fueron desestimados. Primero la Sentencia de 28 de noviembre de 2003 admitió la usucapión ordinaria pese a que existía vía de hecho. Los escasos datos fácticos que recogía la Sentencia no permitían desentrañar las razones de este aparente cambio jurisprudencial, pero sí ponía en entredicho que la doctrina de la Sentencia de 6 de marzo de 1997 tuviese un alcance absoluto, aplicable a todos los casos de vía de hecho de forma automática. Más tarde, la misma Sección dictó la Sentencia de 30 de septiembre de 2004 que admite la usucapión extraordinaria en otro supuesto flagrante de vía de hecho. Es esta Sentencia la que nos ilumina sobre el verdadero alcance de la doctrina de la Sentencia de 6 de marzo de 1997. El presente estudio tiene por objeto tratar de esclarecer cuál es el ámbito de aplicación del instituto de la usucapión en las ocupaciones de inmuebles por la Administración realizadas por la pura vía de hecho.

(1) PARADA, R., *Derecho Administrativo, III. Bienes públicos. Derecho urbanístico*, Marcial Pons, 9.ª edic., 2002, pág. 19. En mayor profundidad, vid. CANO TELLO: “Usucapión en favor de las personas jurídicas, privadas y públicas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1976, págs. 559 y ss.

Ya el artículo 8.4 del Reglamento de Bienes Municipales y Provinciales, de 27 de mayo de 1955, establecía que:

“Se entenderá, además, producida la afectación de bienes a un uso o servicio público o comunal, sin necesidad de acto formal, cuando: a) La Entidad adquiera por usucapión, con arreglo al Derecho civil, el dominio de una cosa que viniere estando destinada a un uso o servicio público o comunal.”

Posteriormente, el artículo 8.4 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, de 13 de junio de 1986, pasó a establecer que la alteración jurídica de los bienes se produce de forma automática en los siguientes supuestos: “... c) La Entidad adquiera por usucapión, con arreglo al Derecho Civil, el dominio de una cosa que viniere estando destinada a un uso o servicio público o comunal”; y, de forma general, el artículo 10 del mismo Reglamento establece que las Corporaciones Locales pueden adquirir bienes y derechos: “... d) Por prescripción.”

Por su parte, el artículo 25 de la Ley del Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, establecía que:

“El Estado *prescribirá* a su favor con arreglo a las Leyes comunes, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.”

En fin, en la actualidad, el artículo 15 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, de 3 de noviembre de 2003, establece que:

“Las Administraciones Públicas podrán adquirir bienes y derechos por cualquiera de los modos previstos en el ordenamiento jurídico y, en particular, por los siguientes: ... d) *Por prescripción.*”

El artículo 2 de esta Ley, al regular el ámbito de aplicación, establece que “serán de aplicación a las Comunidades Autónomas, entidades que integran la Administración local y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas los artículos o partes de los mismos enumerados en la Disposición Final Segunda”. Pues bien, la Disposición Final Segunda establece que es de aplicación general, entre otros, el artículo 15.

### II. JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

#### A) Sugerencia de la imposibilidad de usucapión

Ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1995<sup>2</sup> llegaba a insinuar que en los casos de ocupación por la vía de hecho<sup>3</sup> no cabe la prescripción adquisitiva, al afirmar que los actos posesorios de la Administración deben ser considerados como meramente tolerados y, por tanto, ineficaces para adquirir la propiedad por usucapión (artículo 1942 CC). Precisamente, la representación procesal de la Administración argumentaba que ésta había adquirido la propiedad del terreno litigioso por usucapión. El Tribunal Supremo no admite que haya podido consumarse la usucapión porque no había transcurrido el plazo para la prescripción extraordinaria y, fundamentalmente, porque entiende que los actos de posesión son meramente tolerados:

“Para rechazar tal motivo de impugnación es suficiente emplear el argumento, ya usado para desestimarlos por la Sala de primera instancia, de la inoperancia de los actos de posesión meramente tolerados para adquirir el dominio<sup>4</sup>, como se establece concordadamente por los artículos 444, 1940 y 1942 del Código Civil, si bien cabe añadir que tampoco concurren los demás requisitos exigidos por los artículos 1940, 1941, 1951, 1952, 1957 y 1959 del propio Código Civil para la prescripción adquisitiva ordinaria ni extraordinaria de la propiedad sobre los bienes inmuebles, al no existir, en este caso, justo título ni buena fe y al no haber transcurrido los plazos necesarios para ello.”

**EL HECHO DE QUE NO SE REACCIONE CON REMEDIOS JURÍDICOS CONTRA LA VÍA DE HECHO NO PERMITE ENTENDER QUE LA POSESIÓN INICIALMENTE NO PACÍFICA HAYA PASADO A SERLO**

(2) RA 3228; Sala Tercera, Sección 6ª. Los hechos enjuiciados eran éstos: la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias había dictado Sentencia el 28 de enero de 1991, en la que, tras desestimar las causas de oposición alegadas por el Ayuntamiento demandado, estimó el recurso interpuesto por la propietaria del terreno contra el Acuerdo del Ayuntamiento de 23 de enero de 1990, que anuló por no ser ajustado a derecho, al igual que el precedente de 22 de noviembre de 1989. Ambos Acuerdos denegaban la apertura del expediente expropiatorio para legalizar la ocupación de unos terrenos sobre los que el Ayuntamiento había construido el acceso a las instalaciones deportivas municipales. Interpuesto recurso de apelación por el Ayuntamiento ante el TS, éste lo desestima.

(3) Al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente previsto para privar de derechos o intereses legítimos, como no podía ser de otra manera, el Tribunal declara que “nos encontramos ante una auténtica vía de hecho, determinante de la nulidad radical de los actos de ocupación de los terrenos”.

(4) Parece que el Tribunal, al aludir a los actos tolerados, hace referencia a todo el período de posesión desarrollado por la Administración y no sólo a los primeros momentos de ejecución de las obras del polideportivo, en los que se actuó en virtud de licencia o autorización de la propietaria. Ésta había dado autorización verbal al Ayuntamiento para el paso por su finca de materiales y vehículos con destino a la obra en construcción (FJ 2º), pero el Ayuntamiento ocupó por la vía de hecho parte de sus terrenos y construyó la vía de acceso al polideportivo. Insistimos en que la Sentencia parece aludir de forma genérica a los actos tolerados, pues para producirse la usucapión ordinaria se exige un mínimo de posesión de 10 años, período que difícilmente podía haber transcurrido al construirse el polideportivo. Además, en sentido estricto estaríamos en presencia de actos ejecutados en virtud de licencia (artículo 1942 CC).

De estas afirmaciones, interesa subrayar que el Tribunal, al sentar la inoperancia de los actos de posesión meramente tolerados para adquirir el dominio, implícitamente parece anudar los actos de posesión derivados de la vía de hecho con los actos meramente tolerados.

### **B) El rechazo aparente de la prescripción adquisitiva**

Si en la Sentencia de 8 de abril de 1995 podía, en cierta forma, dudarse sobre si el Tribunal equiparaba la posesión adquirida por la vía de hecho con los actos tolerados, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1997<sup>5</sup> parecía que de forma clara afirmaba que, dada la situación de preponderancia que tiene la Administración en virtud del ejercicio del poder, los actos de aparente aquiescencia a la posesión pueden obedecer a mera tolerancia por el dueño, de forma que, según el artículo 1942 CC, no es posible la usucapión. Además, —y aquí se halla el nudo gordiano— según la Sentencia la ocupación por la vía de hecho impide que la posesión así adquirida pueda considerarse pacífica. Y decimos que parecía que el Tribunal quería destacar que en los casos de vía de hecho resulta imposible la usucapión porque, incluso apoyándose en esta Sentencia, ha declarado que también en los casos de vía de hecho administrativa es posible la usucapión por la Administración, tanto la usucapión ordinaria (STS de 28 de noviembre de 2003) como la extraordinaria (STS de 30 de septiembre de 2004).

Los hechos enjuiciados por la Sentencia pueden resumirse en lo siguiente. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 24 de julio de 1989 había condenado a la Gerencia Municipal de Urbanismo de Madrid a iniciar expediente para la adquisición voluntaria o la expropiación de ciertos terrenos propiedad de los recurrentes en la instancia, que habían sido ocupados para la construcción de un vial sin que constase haber existido expediente de expropiación ni negocio jurídico alguno de transmisión de propiedad. La Gerencia en el recurso de apelación alega que la obra se hallaba ejecutada en 1956 por lo que, tras la posesión pacífica e ininterrumpida durante más de treinta años, se había producido ya la usucapión a su favor. El Tribunal Supremo comienza enunciando los requisitos generales de la prescripción extraordinaria:

“La prescripción extraordinaria, alegada como medio de adquisición de los terrenos sobre los que se plantea la controversia se produce, ciertamente, por el transcurso de treinta años en posesión de un bien inmueble sin necesidad de justo título y de buena fe (artículo 1959 del Código Civil). (...) dicha posesión ‘ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida’, pues son éstos, requisitos generales que el Código Civil exige a fin de que la posesión pueda aprovechar para la usucapión de bienes inmuebles en cualquiera de sus modalidades”<sup>6</sup>.

(5) RA 2290; Sala Tercera, Sección 6ª.

(6) Nada que objetar a este razonamiento porque, como señala DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Civitas, 1995, pág. 717), los condicionamientos de la posesión del artículo 1941 CC (posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida) son aplicables tanto a la usucapión ordinaria como a la extraordinaria.

## Relaciones entre vía de hecho y usucapión administrativa

Posteriormente, tras apuntar que la Administración había actuado por la vía de hecho, el Tribunal expresa que la posesión adquirida por la vía de hecho no puede considerarse pacífica, aunque no descarta que el examen de las circunstancias del caso determine que la posesión haya pasado a ser pacífica por el consentimiento del propietario o por su pasividad:

*“Cuando estas circunstancias [vía de hecho] ocurren resulta imposible admitir que la posesión así adquirida pueda considerarse pacífica en el sentido del artículo 1959 del Código Civil<sup>7</sup>. No cabe, sin embargo, descartar —y para ello es menester un examen de las circunstancias del caso— que una posesión adquirida de manera no pacífica por la Administración pueda pasar a serlo por el consentimiento o la pasividad posterior del propietario, pues la jurisprudencia civil exige que el carácter no pacífico de la posesión, manifestada por la oposición del ‘verus dominus’, tenga una continuidad en el tiempo.”*

Seguidamente, el Tribunal señala que los actos del propietario ante la ocupación de la Administración por la vía de hecho deben valorarse de distinta forma que en los casos en que el usucapiente es un particular, pues los actos que en las relaciones particulares pueden entenderse como de aquiescencia, cuando quien posee es la Administración pueden ser actos de simple tolerancia:

*“Tratándose, sin embargo, de la posesión adquirida de esta manera no pacífica por el poder público, la existencia de actos del verus dominus que restituyan a la posesión su carácter pacífico debe valorarse de modo restrictivo, dada la situación de preponderancia que la Administración ostenta en virtud del ejercicio del poder, de tal suerte que los actos de aparente aquiescencia a la posesión pueden obedecer fácilmente a mera tolerancia por parte del dueño, la cual, según el artículo 1942 del Código Civil, no confiere eficacia para la usucapión a los actos de posesión que se benefician de ella.”*

La referencia a los actos de tolerancia no parece muy afortunada. Según el artículo 1942 CC, “no aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio, ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño”. Pues bien, como señala DÍEZ-PICAZO, los actos meramente tolerados son los fundados en relaciones de amistad, de buena vecindad o de familiaridad, en el ánimo de favorecer, de no entorpecer, etc. Éste es el caso, por ejemplo, de quien tolera que otro pase por su finca o de los actos incluidos en el *ius usus inocui* (por ejemplo, el espiguelo). Lo importante es que existe la voluntad de ambas partes de no crear una relación jurídica vinculante y de no atribuir derecho subjetivo alguno. El dueño permite el aprovechamiento de una cosa por otro, en tanto que a éste no le sea atribuido ningún derecho, y el beneficiario de la concesión, a su vez, reconoce el derecho del dueño y su propia carencia de poderes jurídicos<sup>8</sup>. Esto no sucedía en el caso enjuiciado al tratarse de una ocupación por la vía de hecho de unos terrenos de propiedad privada para construir una vía pública, de una actuación jurídica viciada, de un abuso grave de la prepotencia de la Administración de hecho, al margen del Derecho.

(7) Entiéndase artículo 1941 CC.

(8) *Fundamentos...*, ob. cit., págs. 580 y ss. En realidad, como señala ALBALADEJO (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART), tomo XXV, vol. 1.º, Ed. Revista de Derecho Privado, 1993, pág. 271), con el artículo 1941 CC se cubre también el papel del artículo 1942 CC, porque los casos que éste prevé quedarían aun sin él, excluidos de usucapión, por no ser de posesión en concepto de dueño.

Y añade que el hecho de que no se reaccione por los remedios jurídicos establecidos contra la vía de hecho<sup>9</sup> no permite entender que la posesión inicialmente no pacífica haya pasado a serlo. Por eso, considera que la actitud del propietario, que podría entenderse reveladora de pasividad frente a la ocupación violenta si el usucapiente fuera un particular —lo que haría enervar la naturaleza no pacífica de la posesión—, ha de ser considerada como una simple tolerancia cuando quien posee es la Administración:

“el hecho de que no se produzca una reacción inmediata de los propietarios por la vía de los interdictos o de los remedios jurídicos establecidos contra la vía de hecho, y de que no se impugne después la ocupación realizada por la Administración, no permitirá siempre entender que la posesión, inicialmente no pacífica, ha pasado a serlo, pues el ejercicio de las prerrogativas de autotutela decisoria y ejecutiva, de la potestad de revisión de oficio y de la de indemnizar los daños y perjuicios causados que la Administración tiene en sus manos, en estrecha vinculación con la sujeción al principio de legalidad que debe presidir su actuación, permiten confiar al particular afectado en que la propia Administración, al haber procedido de manera no adecuada al ordenamiento jurídico, ajustará a él las consecuencias de su conducta remediando la agresión sufrida. Cabe por ello imputar a tolerancia actitudes que si fuera otro el sujeto ocupante de los bienes, podrían ser reveladoras de una pasividad ante la ocupación violenta suficiente como para enervar la naturaleza no pacífica de la posesión”.

Ahondando en estas últimas ideas, hay que recordar con GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que la Administración Pública es una *potentior persona*. Así, por ejemplo, puede crear, modificar o extinguir derechos por su sola voluntad mediante actos unilaterales (por ejemplo, adquirir de los particulares bienes o derechos sin contar con la voluntad de éstos mediante la expropiación forzosa) e, incluso, ejecutar de oficio por procedimientos extraordinarios sus propias decisiones (privilegio de decisión ejecutoria y acción de oficio). Para producir estos efectos no necesita ni siquiera acudir al Juez. Sus actos constituyen verdaderos títulos ejecutivos sin necesidad de declaración judicial al respecto y sin necesidad tampoco de acudir a los Tribunales en juicio para obtener la ejecución de sus actos. Por lo que respecta a la revisión de oficio, un efecto característico de la nulidad de pleno derecho (la vía de hecho es la manifestación característica de la nulidad de pleno derecho) es permitir que pueda ser declarada de oficio; es decir, sin necesidad de petición de parte interesada. La gravedad de los vicios que determinan la nulidad, su carácter de orden público, es lo que explica que pueda ser declarada de oficio por la Administración. Por otra parte, la naturaleza de la indemnización expropiatoria no es la de un crédito de resarcimiento, sino la de una *carga* que ha de cumplir el beneficiario

(9) El Tribunal se refiere a “una reacción inmediata de los propietarios por la vía de los interdictos o de los remedios jurídicos establecidos contra la vía de hecho”. Pues bien, ante una actuación de la Administración constitutiva de vía de hecho, al particular afectado se le abren distintas opciones: todas las acciones declarativas reconocidas con carácter general por el Derecho común y las previstas por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria; en especial, las acciones de tutela sumaria de la posesión y de suspensión de obra nueva; y, por supuesto, los recursos administrativos y contencioso-administrativos e incluso el recurso de amparo si afecta a un derecho fundamental. Sobre estas cuestiones, vid. nuestro libro *Las garantías jurisdiccionales frente a la vía de hecho de la Administración*, IVAP, 2004, págs. 238 y ss.

interesado en llevar a efecto la expropiación<sup>10</sup>. En fin, el artículo 103 de la Constitución establece que la Administración Pública debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. El principio de legalidad opera, pues, en la forma de una cobertura legal de la actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima<sup>11</sup>.

Estos elementos, que no concurren en las relaciones *interprivatos*, a juicio del Tribunal Supremo hacen que el particular que sufre la posesión de sus bienes por la Administración confíe en que ésta remedie la agresión sufrida. Esta última expresión puede ser entendida en un doble sentido: que restituya la posesión al propietario o que incoe el expediente expropiatorio. Puesto que era esto último lo que se pedía en el caso, la expresión “remediando la agresión sufrida” creemos que debe ser interpretada en este último sentido. En definitiva, la presencia de la Administración como usucapiente determina que el no ejercicio de acciones por el propietario afectado, no transforme en todos los casos la posesión inicialmente no pacífica en pacífica.

Finalmente, el Tribunal concluye que, en el caso sometido a examen, la posesión no puede considerarse pacífica, impidiendo, en consecuencia, que pueda consumarse la usucapión:

“En el caso examinado, las circunstancias concurrentes abonan la interpretación de que la ocupación inicial se produjo por la vía de hecho, con privación de la posesión a los propietarios del terreno, de tal suerte que no puede considerarse, según lo razonado, que la posesión así ganada tenga la con-

**PARA EL TRIBUNAL  
SUPREMO,  
LA EXPROPIACIÓN, AL  
CONSTITUIR  
UN DESAPODERAMIENTO  
COACTIVO, IMPIDE  
CONSIDERAR QUE  
LA POSESIÓN DERIVADA  
DE ELLA PUEDA SER  
CALIFICADA DE PACÍFICA**

(10) Aunque el Tribunal alude a “indemnizar los daños y perjuicios causados”, téngase presente que, según el Consejo de Estado, la vía que ha de seguir la Administración para indemnizar al propietario lesionado por una vía de hecho no es la de la responsabilidad patrimonial, sino la de la tramitación de un procedimiento expropiatorio con la correspondiente satisfacción del justiprecio. Así, según el Dictamen del Consejo de Estado de 24 de octubre de 1996:

“la presente reclamación debe ser dilucidada en el seno de un procedimiento expropiatorio que debió incoarse en su momento. No es posible indemnizar a los reclamantes los daños causados por la Administración mediante el procedimiento de responsabilidad extracontractual. Han consistido éstos en la ocupación, por la vía de hecho, sin procedimiento alguno, de unos bienes de los solicitantes. (...) Dicho daño, la ocupación de unos terrenos y la pérdida de su titularidad, al pasar a formar parte del dominio público viario, sólo puede ser resarcido mediante el procedimiento expropiatorio, pues su indemnización debe ir acompañada de la correspondiente transferencia de titularidad de los terrenos, de los propietarios actuales a la Administración y, por ende, debe producirse el pertinente cambio en el Registro de la Propiedad. Tal transferencia de titularidad material y registral no es posible llevarla a efecto en el seno de un procedimiento de responsabilidad, sino sólo en el expropiatorio, razón por la cual a él debe deferirse”.

Igualmente, el Dictamen del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 1996. No obstante, el Tribunal Supremo (*vid.*, por ejemplo, STS de 11 noviembre 1997, RA 7950) permite al perjudicado por una vía de hecho elegir, de forma alternativa, entre exigir que la Administración incoe el expediente expropiatorio o la reclamación de responsabilidad patrimonial.

(11) Curso de Derecho Administrativo I, Thomson-Civitas, 11ª edic., 2002, págs. 49, 442, 618; Curso de Derecho Administrativo II, Thomson-Civitas, 8ª edic., 2002, pág. 279.

dición de pacífica que exige el artículo 1941 del Código Civil para que pueda aprovechar para la usucapión.”

Pese a que la doctrina contenida en la Sentencia que hemos transcrito parecía que era de aplicación general, el estudio de la jurisprudencia posterior, que admite la usucapión también en los casos de vía de hecho, obliga a profundizar en el análisis del caso concreto resuelto por la Sentencia. Y su exégesis permite anticipar esta conclusión: parece que la citada doctrina respondía a una concreta situación, a que durante el período de posesión por la Administración existió una reclamación extrajudicial por el propietario (probablemente, solicitando la iniciación del expediente de expropiación y el pago del justiprecio). Así, en el Fundamento de Derecho 3º se señala que, pese a que la reclamación del particular, al ser una reclamación extrajudicial<sup>12</sup> no interrumpe la posesión de la Administración, refleja que no existió consentimiento o pasividad ante el despojo suficiente como para convertir en poseedor pacífico al detentador violento:

“La Sentencia recurrida, como pone de relieve la parte apelante, reconoce que los actos de los propietarios que constan en las actuaciones no son suficientes, al menos en principio, para la interrupción de la posesión<sup>13</sup> por la Administración. No obstante, teniendo en cuenta que ésta no fue ganada pacíficamente, no es menester que dichos actos tengan virtualidad para interrumpirla, sino que basta con que, de acuerdo con lo razonado, no reflejen una actitud de los propietarios despojados de consentimiento o pasividad ante el despojo suficiente para convertir en poseedor pacífico al detentador violento. Ello no es así, pues el escrito que presentaron ante la Administración en 1964, al igual que la mención en la escritura de compraventa de 1962, denotan la convicción de los propietarios, que hacen patente ante la Administración, de que la ocupación sólo se justifica por expropiación, como acertadamente dice la sentencia apelada; de tal suerte que lo que cabe apreciar en los propietarios es una tolerancia con la ocupación por la vía de hecho de sus terrenos fundada en la confianza, que manifiestan una y otra vez, de que se les fije el justiprecio por medio de la tramitación del procedimiento señalado legalmente.”

Parece que la reclamación (puede que existiesen más) se produjo por requerimiento mediante acta notarial (FD 1º):

“Añade (la Gerencia recurrente) que la posesión pública, pacífica e ininterrumpida no se ha alterado por lapso alguno de continuidad, como viene a reconocer el propio Tribunal a quo, y que no se interrumpe la posesión por requerimiento mediante acta notarial, como ha declarado la jurisprudencia.”

(12) Como señala DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, ob. cit., pág. 722), aunque la prescripción extintiva se interrumpe por una mera reclamación extrajudicial, ésta, en cambio, no tiene virtualidad alguna para interrumpir la prescripción adquisitiva.

(13) La afirmación que realiza el artículo 1943 CC de que “la posesión se interrumpe...” no es acertada, pues como señala DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, ob. cit., pág. 721) lo que se interrumpe no es siempre la posesión: “Cuando se dice que una demanda judicial o un reconocimiento del derecho es un acto interruptivo, esta interrupción no produce sus efectos en el hecho posesorio en sí mismo considerado, que continúa manteniéndose, sino en la virtualidad de esta posesión, que persevera, para convertirse en dominio. Lo que hay es, pues, interrupción de la prescripción, que puede producirse por una cesación de la posesión (la llamada “interrupción civil”).”

Más adelante insistiremos sobre la importancia de cualquier tipo de reclamación (también extrajudicial) en la configuración de la posesión adquirida por la vía de hecho como no pacífica.

### C) Extensión de la doctrina aplicada a la vía de hecho al derecho de reversión

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1999<sup>14</sup>, con apoyo en la doctrina de la Sentencia de 6 de marzo de 1997, señala que no es posible oponer al derecho de reversión la usucapión del bien o derecho poseído en base al título de la expropiación<sup>15</sup>. La Administración estatal defendía que se había producido ya la usucapión de los terrenos previamente expropiados. En cambio, el Tribunal Supremo rechaza esta tesis y estima que la expropiación supone un *desapoderamiento coactivo* de bienes o derechos:

“La tesis de la adquisición por usucapión de los bienes expropiados, sostenida por el Abogado del Estado, no sólo contradice el sistema de garantías establecido en el ordenamiento expropiatorio vigente<sup>16</sup>, en el que la reversión, salvo cuando la Ley la excluya 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*.”

Para el Tribunal Supremo, la expropiación, al constituir un *desapoderamiento coactivo*, impide considerar que la posesión derivada de ella pueda ser calificada de pacífica:

“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”.

Finalmente, tras reiterar la doctrina de la Sentencia de 6 de marzo de 1997, concluye que la posesión derivada de una expropiación, al no ser pacífica, imposibilita que pueda producirse la usucapión:

“Esta Sala ha declarado [Sentencia de 6 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2290)] que el uso de vías de hecho por la Administración impide la usucapión por no ser la posesión así obtenida válida para adquirir el dominio cualquiera que haya sido el tiempo transcurrido,

(14) RA 4915; Sala Tercera, Sección 6ª.

(15) Es discutible que el mantenimiento en la posesión sobre bienes adquiridos por la Administración a través del instituto de la expropiación cuando se dan los presupuestos del derecho de reversión constituya un caso de vía de hecho, aunque si consideramos el fenómeno de la reversión siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Curso de Derecho Administrativo*, II, ob. cit., pág. 327) como mera cesación de los efectos de la expropiación, el mantenimiento posterior del *statu quo* podría ser considerado como un supuesto específico de vía de hecho cuyo origen se hallaría en la irregularidad de la decisión previa por cesación de la eficacia del acto. Sobre esta modalidad de vía de hecho, vid. nuestro libro *Las garantías jurisdiccionales frente a la vía de hecho de la Administración*, ob. cit., pág. 125.

(16) Téngase presente que, tras la reforma del artículo 54 LEF por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, las posibilidades de reversión se han visto reducidas.

salvo que las circunstancias del caso acrediten que hubiera venido a poseerse de forma pacífica.

Pues bien, por más que la expropiación suponga una posesión de buena fe y con justo título<sup>17</sup>, 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 usucapación para denegar la reversión.”

## D) La primera sorpresa

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2003<sup>18</sup>, aparentemente en contra de lo que había establecido la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1997<sup>19</sup>, admite la usucapación ordinaria por la Administración de bienes ocupados sin satisfacer contraprestación alguna a su propietaria real. En el caso, la parte recurrente solicitaba que se declarase contraria a derecho la Resolución del Ayuntamiento de A. de

(17) Para la usucapación ordinaria inmobiliaria se exige la posesión de 10 años (20 entre ausentes). Para la usucapación extraordinaria inmobiliaria basta con la posesión de 30 años, sin necesidad de justo título ni de buena fe, requisitos que sí se exigen para la ordinaria. No parece, sin embargo, correcto relacionar la expropiación con la buena fe y el justo título pues como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil, III. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, Tecnos, 5ª edic., 1990, págs. 151 y ss.), por justo título se entiende “el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate” (artículo 1952 CC). Es decir, el usucapiente debe haber adquirido en virtud de un título que tenga virtualidad intrínseca para producir ese efecto (por ejemplo, una compraventa, una donación, etc.), si bien la adquisición del derecho no se produjo, sino exclusivamente de la posesión. Por eso, la usucapación sirve para que la adquisición sea efectiva. La adquisición del derecho pudo haber dejado de tener lugar por distintas causas, pero en la usucapación el único defecto relevante es la adquisición de un no-propietario. Con arreglo al inciso “y podía transmitir su dominio” del artículo 1950 CC podría pensarse que la usucapación también purga la falta de pleno poder dispositivo del propietario. Sin embargo, señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que lo que consolida en estos casos la posición del adquirente no es la usucapación sino la prescripción extintiva de las acciones para hacer valer la nulidad del negocio. A nuestro juicio, con la expropiación no se produce esta situación porque el título expropiatorio no sólo produce la adquisición de la posesión sino también del derecho correspondiente. Por lo que respecta a la buena fe, según el artículo 1950 CC, “la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio”. Es decir, como apuntan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, el usucapiente debe ignorar que el título de su adquisición tenía un vicio que lo invalidaba, que en materia de usucapación no es otro que la falta de titularidad del transmitente o constituyente del derecho real sobre cosa ajena. A nuestro entender, este requisito tampoco resultaba aplicable al caso porque la Administración expropió la finca a su propietario, no adquirió de un no-propietario creyendo que efectivamente lo era.

Ahora bien, para defender la consumación de la usucapación, el Abogado del Estado se basaba también en los artículos 35.1 y 38.1 de la Ley Hipotecaria “al constar inscrita en el Registro de la Propiedad la titularidad del Estado”. Es decir, se trataba de una usucapación *secundum tabulas*. Según el artículo 35 LH, “a los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa”. Como precisan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema...*, ob. cit., pág. 345), se trata de una presunción *iuris tantum*. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia se hallan divididas pues como expone ALBALADEJO (*Comentarios...*, ob. cit., págs. 332 y ss.), según una opinión (que, creemos, es la correcta al ajustarse a la dicción legal) la inscripción es, de por sí, título; y, según otra, la inscripción constituye simplemente una presunción de que existe título.

En cualquier caso, al considerar el Tribunal que la desposesión de los bienes o derechos a través de la expropiación carece de la condición de pacífica, quedaría destruida la presunción establecida por el artículo 35 LH.

(18) RA –año 2004, 599–; Sala Tercera, Sección 6ª.

(19) Nosotros mismos mostrábamos dudas sobre si era posible la usucapación también en los casos de vía de hecho en el Comentario a esta Sentencia: “¿Es posible la usucapación ordinaria por la Administración en los casos de vía de hecho? (Nota a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2003)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 70, 2004, págs. 335-356.

25 de marzo de 1997, por la que se desestimó la petición de inicio de expropiación de una finca de la localidad, en la que se construyeron dos calles, y se ordenase al Ayuntamiento el inicio del expediente de justiprecio de la finca y la determinación de la compensación a entregar a la propietaria por la ocupación de hecho de su propiedad, más intereses y costas y demás procedentes en derecho. Tal y como se recoge en el Fundamento de Derecho Primero, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha 9 de octubre de 1998, había desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la propietaria, rechazando la pretensión formulada de iniciar expediente de expropiación de los terrenos ocupados por las dos calles por entender que: “Las indicadas calles son restos de un solar edificado hace más de veinticinco años conforme a las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana de 1964 y la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1976. La indicada Ley del Suelo de 1956 ya establecía la obligación de los propietarios de suelo urbano a ceder los terrenos destinados a viales, parques y jardines, así como costear la obra urbanizadora. Dado el tiempo transcurrido desde la realización de las indicadas calles, se había producido la prescripción adquisitiva del artículo 1957 del Código Civil”. El Tribunal Supremo desestima los motivos de casación invocados al considerar que se había consumado la usucapión ordinaria.

Recordemos que para la usucapión ordinaria se exige el justo título y la buena fe. En el caso, el justo título era una cesión forzosa impuesta por la legislación urbanística en la que el *tradens* no era el dueño de la cosa, sino el constructor. También existía buena fe pues el Ayuntamiento creía haber recibido el terreno de su dueño.

El primer motivo de casación denunciaba la infracción del artículo 1941 CC, por no poderse considerar pacífica la posesión de la Administración según la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1997. Frente a ello, el Tribunal comienza diciendo que:

“En el recurso de casación (...) se cuestiona por la parte recurrente, la esencia misma de la usucapión o prescripción adquisitiva ordinaria de bienes inmuebles, apreciada por el Tribunal sentenciador en atención a los hechos que se declaran probados, pues, a su juicio, no concurren los presupuestos o requisitos establecidos en el artículo 1957 del Código Civil, ya que la posesión en que se ampara la prescripción y que la sentencia

**NO CABE DESCARTAR QUE  
UNA POSESIÓN ADQUIRIDA  
NO PACÍFICAMENTE POR  
LA ADMINISTRACIÓN  
PUEDA PASAR A SERLO  
POR EL CONSENTIMIENTO  
O LA PASIVIDAD  
POSTERIOR  
DEL PROPIETARIO**

estima consumada, ha de ser pacífica según preceptúa el artículo 1941 del citado Cuerpo Legal.”

Precisamente, como se recoge en la Sentencia, la parte recurrente reproducía la doctrina recogida en la Sentencia de 6 de marzo de 1997:

“la doctrina jurisprudencial precisa que la ocupación de un bien inmueble sin seguir los trámites que exige la normativa sobre expropiación forzosa, comporta una vulneración de la garantía indemnizatoria que la Constitución reconoce en favor de la propiedad, como derecho fundamental y coloca a la Administración en el terreno de las llamadas ‘vías de hecho’ que se producen, entre otros supuestos, cuando la Administración actúa totalmente al margen del procedimiento legalmente establecido, de tal forma que cuando estas circunstancias concurren resulta imposible admitir que la posesión así adquirida pueda considerarse pacífica en el sentido que señala el artículo 1959 del Código Civil”.

Pues bien, el Tribunal Supremo se limita a apuntar que:

“Y en base a este planteamiento inicial, y como si nos hallásemos ante un recurso de apelación, fundamenta, siguiendo la misma línea argumental de su escrito fundamental de demanda, los demás motivos de impugnación (...). El recurso de casación, como extraordinario que es, sólo permite la impugnación por unos motivos tasados, cifrados en torno a la infracción del Ordenamiento Jurídico o de la jurisprudencia cometida al decidir la cuestión de fondo o al aplicar las normas procesales previstas para su enjuiciamiento, pues como recurso de naturaleza especial no constituye un instrumento apto para recabar del Tribunal Supremo, directa o indirectamente, una valoración de la prueba distinta de la llevada a cabo por el Tribunal de instancia, salvo que se invoque una infracción del Juzgador de las normas legales o de los criterios jurisprudenciales sobre valoración de la prueba separable de la actividad fundamental de examen y ponderación de la realidad de los hechos en que aquélla consiste.”

Como puede verse, el Tribunal no entra a analizar el nervio del asunto, esto es, si la ocupación por la vía de hecho permite que la posesión posterior (la inmediata ya sabemos que no) de la Administración pueda ser calificada de pacífica. Ni siquiera aporta datos de por qué el Tribunal de instancia estimó que la posesión era pacífica; pero lo cierto es que admite la usucapión pese a que la Administración había actuado por la vía de hecho.

### **E) La clara confirmación de la operatividad de la usucapión también en los casos de vía de hecho**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2004<sup>20</sup> es ilustrativa en un doble sentido: porque deja claro que es posible la usucapión por la Administración aun en los casos de vía de hecho y porque aclara el sentido de la doctrina de la Sentencia de 6 de marzo de 1997. La Sentencia de 30 de septiembre de 2004 se enfrentaba a un supuesto de

(20) RA 6532; Sala Tercera, Sección 6ª.

ocupación de unos terrenos para la construcción de una calle que se produjo originariamente (en 1955) por la vía de hecho<sup>21</sup>, es decir, careciendo la ocupación y la consiguiente privación de la posesión de la necesaria cobertura jurídica expropiatoria que, en este caso, consistió en la ausencia total de procedimiento expropiatorio. Los propietarios actuales habían interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la denegación de solicitud en orden al inicio de expediente expropiatorio del bien ocupado hace más de cuarenta años para la construcción de una calle. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 8 de noviembre de 1999, desestimó el recurso contencioso-administrativo. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo.

La Sentencia del Tribunal Supremo reproduce la doctrina de la Sentencia de 6 de marzo de 1997:

*“Cuando estas circunstancias [vía de hecho] ocurren resulta imposible que la posesión así adquirida pueda considerarse pacífica en el sentido del artículo 1959 del Código Civil. No cabe, sin embargo, descartar —y para ello es menester un examen de las circunstancias del caso— que una posesión adquirida de manera no pacífica por la Administración pueda pasar a serlo por el consentimiento o la pasividad posterior del propietario, pues la jurisprudencia civil exige que el carácter no pacífico de la posesión, manifestada por la oposición del verus dominus, tenga una continuidad en el tiempo.*

Es cierto que tratándose, sin embargo, de la posesión adquirida de esta manera no pacífica por el poder público, la existencia de actos del verus dominus que restituyan a la posesión su carácter pacífico debe valorarse de modo restrictivo, dada la situación de preponderancia que la Administración ostenta en virtud del ejercicio del poder, de tal suerte que los actos de aparente aquiescencia a la posesión pueden obedecer fácilmente a una tolerancia por parte del dueño, la cual, según el artículo 1942 del Código Civil, no confiere eficacia para la usucapión a los actos de posesión que se benefician de ella.

Así, el hecho de que no se produzca una reacción inmediata de los propietarios por la vía de los interdictos o de los remedios jurídicos establecidos contra la vía de hecho, y de que no se impugne después la ocupación realizada por la Administración, no permitirá siempre entender que la posesión, inicialmente no pacífica, ha pasado a serlo, pues el ejercicio de las prerrogativas de autotutela decisoria y ejecutiva, de la potestad de revisión de oficio y de la de indemnizar los daños y perjuicios causados que la Administración tiene en sus manos, en estrecha vinculación con la sujeción al principio de legalidad que debe presidir su actuación, permiten confiar al particular afectado en que la propia Administración, al haber procedido de manera no adecuada al ordenamiento jurídico, ajustará a él las consecuencias de su conducta remediando la agresión sufrida. Cabe por ello imputar a tolerancia actitudes que si fuera otro el sujeto ocupante de los bienes, podrían ser reveladoras de una pasividad ante la ocupación violenta suficiente como para enervar la naturaleza no pacífica de la posesión.

(21) Sobre la delimitación de los distintos supuestos de vía de hecho y, en concreto, sobre este caso típico, volvemos a remitirnos a nuestro libro *Las garantías jurisdiccionales...*, ob. cit., pág. 139.

En el caso examinado, las circunstancias concurrentes abonán la interpretación de que la ocupación inicial se produjo por la vía de hecho, con privación de la posesión a los propietarios del terreno, de tal suerte que no puede considerarse, según lo razonado, que la posesión así ganada tenga inicialmente la condición de pacífica que exige el artículo 1941 del Código Civil para la usucapión.”

Al analizar el caso, la Sentencia nos ofrece las claves para considerar la posesión como pacífica o no pacífica. La Sentencia reconoce que la ocupación se produjo por la vía de hecho al no haberse tramitado el correspondiente expediente expropiatorio ni haberse realizado ningún negocio traslativo del dominio, pero también destaca tácitamente que la calle se encontraba ejecutada con tiempo suficiente para producirse la usucapión extraordinaria:

“la ocupación de los terrenos originariamente propiedad de los recurrentes para la construcción de una calle que se hallaba finalizada en 1955 tuvo lugar sin que conste que hubiese mediado el correspondiente expediente expropiatorio (o cualquier negocio traslativo del dominio)”.

Y añade (aunque de forma algo confusa) que no constan en las actuaciones actos de los propietarios anteriores que reflejen una falta de consentimiento o de pasividad ante la posesión de la Administración:

“no constan en las actuaciones actos de los propietarios anteriores a la reclamación que origina este litigio encaminados a interrumpir la posesión de la Administración y aunque no es menester que dichos actos tengan virtualidad para interrumpirla, sí que lo es que reflejen una actitud de los propietarios despojados de consentimiento o pasividad ante el despojo suficiente para convertir en poseedor pacífico al detentador violento”<sup>22</sup>.

En el caso, al no constar que hubiesen existido actos de oposición por los propietarios, entiende el Tribunal que se ha producido una situación de pasividad y consentimiento con la ocupación de la Administración que permite la consumación de la usucapión:

“Ello no acontece en modo alguno en el caso que nos ocupa de modo que nos encontramos con una situación de pasividad y consentimiento de los propietarios que desde al menos 1955 y aun antes, no han realizado acto alguno, al menos no está justificado, que permita intuir lo contrario, en consecuencia en el caso que nos ocupa hemos de concluir de los datos obrantes en las actuaciones que ha operado el instituto de la usucapión a favor de la Administración, tal y como establece la Sentencia recurrida.”

(22) Hay seguramente una errata de redacción; quiere decir que “no reflejen...” puesto que el razonamiento es prácticamente idéntico al recogido en la STS de 6 de marzo de 1997.

### III. CONCLUSIONES

Hay que destacar que todas las Sentencias comentadas han sido dictadas por la misma Sección (Sección 6ª) de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y que en todos los casos (menos en uno en que se solicitaba la reversión de unos terrenos) únicamente se solicitaba la incoación del expediente expropiatorio y el pago del justiprecio. Entre ellas sobresale la Sentencia de 6 de marzo de 1997, al estudiar de forma extensa los efectos que produce la ocupación por la vía de hecho en la inmediata y posterior posesión de la Administración.

Una consecuencia clara es que cuando la ocupación del bien se produjo por la vía de hecho, no puede considerarse que la posesión inicial así ganada tenga la condición de pacífica que exige el artículo 1941 CC, y, por tanto, no puede aprovechar para la usucapión.

Una segunda conclusión es que, pese a ello, no es posible descartar, tras examinar las circunstancias de cada caso, que la posesión inicialmente no pacífica, por el consentimiento o la pasividad del propietario, pase a ser pacífica.

Como puede verse, el nudo gordiano de la usucapión en los casos de vía de hecho descansa en el carácter pacífico de la posesión. Por ello, es necesario tratar de determinar qué se entiende por posesión pacífica y en qué casos se entiende transformado el carácter pacífico de la posesión en otra no pacífica. Es frecuente que la doctrina moderna identifique la posesión pacífica con la que no se adquiere o mantiene mediante la violencia<sup>23</sup>.

En cambio, MORALES MORENO que ha estudiado en profundidad este tema, entiende por posesión pacífica “toda posesión que se adquiere *sin contrariar la voluntad* del anterior poseedor, bien porque se cuente con su consentimiento, bien porque no esté poseída (cosa abandonada). Por exclusión, no será pacífica la posesión que se adquiere *en contra de la voluntad* del anterior poseedor. Basta este hecho para que la posesión adquirida me-

**JURISPRUDENCIALMENTE,  
EL MAYOR PROBLEMA DEL  
REQUISITO  
DE LA POSESIÓN PACÍFICA  
ES SI LA OPOSICIÓN  
DEL VERDADERO TITULAR  
A LA POSESIÓN  
DEL USUCAPIENTE  
CONVIERTE ESA POSESIÓN  
EN NO PACÍFICA**

(23) Así LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III. Derechos Reales*, vol. primero. *Posesión y Propiedad*, Dykinson, 2000, pág. 77; DÍEZ-PICAZO L., y GULLÓN, A., *Sistema...*, ob. cit., pág. 114; ALBALADEJO, M., *Comentarios...*, ob. cit., págs. 266 y ss. Como dice DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, ob. cit., págs. 579-580), por violencia, a efectos de posesión, se entiende el uso de la fuerza física en el sentido de fuerza irresistible o coacción. Para el autor, aunque sea discutible, debe considerarse también violenta la posesión afectada por intimidación. Igualmente LACRUZ –y otros–: *Elementos de Derecho Civil, III. Derechos Reales*, vol. primero. *Posesión y Propiedad*, ob. cit., pág. 78.

rezca la sanción del Derecho, sin necesidad de que haya intervenido la violencia material (posesión violenta)”<sup>24</sup>.

Por lo que respecta al problema de si es posible que una posesión pacífica pueda dejar de serlo, es posible aislar tres posiciones:

a) En ningún caso es posible que una posesión pacífica se transforme en no pacífica. Así, MORALES MORENO entiende que ni las reclamaciones privadas provenientes del titular ni las citaciones judiciales tienen alcance suficiente para convertir la posesión en no pacífica<sup>25</sup>.

b) La posesión se transforma en no pacífica cuando se produce alguna reclamación judicial. Así, a juicio de MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, la posesión “deja de ser pacífica si se produce una oposición judicial a la tenencia, lo que provoca la interrupción de la prescripción por carecer de uno de los requisitos inexcusables para que ésta pueda producirse”<sup>26</sup>.

c) Cualquier tipo de oposición, judicial o no, hace perder a la posesión el carácter de pacífica. Es la postura que mantiene LASARTE ÁLVAREZ: “el carácter pacífico de la *possessio ad usucapionem* supone que, durante todo el período posesorio que haya de darse, el usucapiente no encuentra ni halla oposición por parte del verdadero propietario de la cosa (o del legítimo titular del derecho real en cuestión). En caso de que la posesión del usucapiente sea objeto de discusión o debate, sea judicial o no, perdería el carácter de

(24) *Posesión y Usucapión*, Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Junta de Estudios Económicos, Jurídicos y Sociales, Madrid, 1972, pág. 172. Por tanto, como dice DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, págs. 579-580) hay que distinguir entre posesión violenta y posesión no pacífica pues “toda posesión violenta es no pacífica y toda posesión pacífica es no violenta. Pero puede una posesión carecer del carácter de pacífica, sin que para ello medie necesariamente la violencia. Así como el carácter violento es un vicio genérico que afecta a la posesión en sí misma, el carácter pacífico es un requisito adicional de la posesión hábil para la usucapión”. También HERNÁNDEZ GIL (*La posesión*, Civitas, 1980, pág. 446), tras afirmar que “el requisito básico indispensable para que la posesión sea pacífica es que no haya mediado violencia”, señala que es posible distinguir, desde un punto de vista más amplio, entre posesión no violenta y no pacífica: “Se ha suscitado el problema de si la posesión pacífica es la posesión no violenta, o bien, si aun sin haber mediado violencia, puede haber una posesión no pacífica. En el primer caso habría reciprocidad estricta: posesión pacífica es la no violenta. En el segundo caso cabría la posibilidad de una posesión, al mismo tiempo, no pacífica y no violenta. Suele entenderse como posesión pacífica, desde este punto de vista más amplio, la que no lesione el derecho de otro poseedor. Esto es posible a los efectos de la usucapión, en la medida en que el Código Civil no se limita a considerar contrario a la posesión sólo el acto estrictamente violento, sino también aquél realizado sin o contra la voluntad del poseedor (artículos 441 y 460.4º)”.

Sin embargo, hay un aspecto de la tesis de MORALES (a quien también sigue, entre otros, DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 580) que no compartimos. El autor entiende que el carácter no pacífico que originariamente tuviera la posesión se subsana cuando prescriben las acciones ordenadas al restablecimiento del orden posesorio, es decir, un año. Creemos con ALBALADEJO (*Comentarios...*, págs. 267-269) —también LACRUZ: *Elementos...*, ob. cit., pág. 78— que el poseedor que adquirió con violencia pasaría a ser poseedor pacífico una vez que aquélla cesó. Esta conclusión puede obtenerse, a nuestro juicio, del Proyecto de CC. A diferencia del CC, el artículo 1949 del Proyecto de 1851 sí regulaba expresamente que “la prescripción de las cosas poseídas por fuerza o por violencia no comienza sino desde el día en que se hubiese purgado aquel vicio”. Según GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil*, Madrid, 1852, IV, pág. 311) desde este momento prescribe incluso el forzador, aunque sea con plazo de treinta años (la cita a GARCÍA GOYENA ha sido tomada de MORALES MORENO: *Posesión...*, ob. cit., págs. 179-180).

(25) *Posesión...*, ob. cit., págs. 190 y ss.

(26) *Comentario del Código Civil* (coordinador Sierra Gil de la Cuesta), tomo 9, Bosch, 2000, pág. 419.

pacífica y, por consiguiente, dejaría de desplegar efectos en relación con la usucapión pretendida”<sup>27</sup>.

Como puede verse, no hay acuerdo sobre qué es posesión pacífica y su conversión en no pacífica. Creemos que una de las opiniones más acertadas es la de LUNA SERRANO<sup>28</sup>, que defiende que no puede limitarse a la simple contraposición con la idea de violencia. Este autor identifica la posesión pacífica con aquella que no se ve afectada por actos de carácter material o por actos de carácter extrajudicial, siempre que sean habituales: “La pacificidad de la posesión, en cuanto requisito para que pueda dar lugar a la usucapión, es un concepto poco preciso, que, desde luego, no parece que pueda contraerse a la contraposición con la idea de la violencia a que se refiere el artículo 444 (...). Sin duda debe entenderse, sobre todo, en el sentido de no ser afectada la posesión por aquellos actos de perturbación que darían lugar a reaccionar, por parte del poseedor que los sufriera, mediante el ejercicio de la acción interdictal encaminada a mantener la posesión. Tales actos de perturbación o molestia, respecto de los que podría discutirse si es preciso, como es razonable exigir, que sean habituales o relativamente frecuentes, parece que sólo pueden ser, como los indicados, actos de carácter material, o también, en su caso, actos de oposición a la posesión de carácter extrajudicial, puesto que, de tratarse de actos de carácter judicial, o bien interrumpen la posesión (artículos 1945 y 1947), cuando al requisito de la pacificidad se refiere el precepto comentado como potencialmente concurrente con el de la posesión ininterrumpida, o bien, de ser procesalmente intrascendentes o terminar con la absolucón del poseedor demandado, no producen interrupción (artículos 1946 y 1947)”<sup>29</sup>.

En el ámbito jurisprudencial, el mayor problema que ha suscitado el requisito de la posesión pacífica es si las reclamaciones judiciales o extrajudiciales que el propietario dirige al poseedor excluyen su concurrencia; es decir, si la oposición del verdadero titular a la posesión del usucapiente convierte la posesión de éste en no pacífica. Son escasísimas las Sentencias del Tribunal Supremo que abordan el análisis del requisito de posesión pacífica, pero son apreciables dos tendencias. Una línea jurisprudencial, siguiendo a la doctrina mayoritaria, afirma que el concepto jurídico de posesión pacífica no está relacionado con la ausencia de reclamaciones o de discusiones sobre la titularidad, ya que la eventual oposición del dueño no significa que el usucapiente haya adquirido o disfrutado violentamente. La posesión pacífica no equivale a posesión no discutida sino a posesión no violenta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1988 (RA 7597):

“se aduce que la posesión no ha sido pacífica, porque han existido últimamente ciertas reclamaciones y oposiciones a esa posesión por parte de los Ayuntamientos demandados, citándose actos como: la reclamación frente a unas subastas de árboles, autorizadas por ICONA al Ayuntamiento demandante en los años 1939 y 1953; la demanda presentada

(27) *Principios de Derecho Civil*, Tomo cuarto. *Propiedad y derechos reales*. Primera Parte, Trivium, 1996, pág. 153.

(28) *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ed. Ministerio de Justicia, 1993, pág. 2100.

(29) No compartimos la tesis de que el ejercicio de las acciones judiciales no acarrea transformar la posesión pacífica en no pacífica. Si por posesión pacífica, como veremos luego, se entiende aquella que se tiene “en paz”; desde el momento en que hay controversia judicial (siempre que ésta sea relativamente frecuente –no aislada– durante el período en que se está produciendo la usucapión) se rompe la paz, hay un conflicto, una oposición que desvirtúa la naturaleza pacífica de la posesión (por ejemplo, puede que se interpusieran demandas y luego se desistiese de ellas o que después de un acto de conciliación no se presente demanda, etc.)

en el año 1948 postulándose la copropiedad del monte por parte de los Ayuntamientos de C. y R., en cuyo pleito recayó sentencia de nulidad; la petición y práctica en 1957 de un deslinde administrativo parcial, sin la anuencia de la parte recurrida; y la Orden Ministerial de fecha 12 de noviembre de 1940 en la que, como consecuencia de la petición del Ayuntamiento de L. T. de que se rectificara el Catálogo de los Montes de Utilidad Pública, la Administración deniega tal petición y acuerda promover la rectificación de la inscripción registral del monte en favor de los tres Ayuntamientos implicados, disposición que en ningún momento tuvo efectividad. *Hechos puntuales todos, que de ninguna forma significan que el actor adquiriera o viniera disfrutando violentamente la posesión sobre la finca, suponiendo a lo sumo, que el derecho de propiedad sobre la misma ha estado en los últimos tiempos, y está en litigio, pero todo ello independientemente de que el hecho posesivo que supone la ocupación, tenencia y disfrute del monte, no lo fuera de un modo pacífico y en concepto de dueño”.*

En cambio, otras Sentencias del Tribunal Supremo mantienen una tesis distinta, al estimar que la existencia de contiendas entre el dueño y el usucapiente acarrea que la posesión no sea pacífica. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1976 (RA 1920) se afirma que:

*“sin que pueda invocarse como afirma la propia Sentencia el instituto de la prescripción –artículos 1930 y 1931 del CC–, ya que la posesión de la franja de terreno litigioso no lo ha sido en forma pacífica como lo demuestran las contiendas habidas anteriormente, así como la introducción periódica del ganado por los vecinos de V.”*

Otra vertiente de esta segunda línea jurisprudencial es la que expresa que la existencia de procedimientos judiciales dirigidos contra el poseedor determina que la posesión deje de ser pacífica. Así, para la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1982 (RA 2559) la posesión deja de ser pacífica desde que se practicó la citación judicial y ello pese a que en el caso el expediente de dominio instado en 1966 no tuvo éxito por la inscripción contradictoria:

*“no se puede negar la cualidad de citación judicial a la hecha en virtud de solicitud o demanda de expediente de dominio y este procedimiento tiene una especial naturaleza procesal, con resolución no definitiva (...), sería una interpretación inadecuada, por excesiva, concluir que la citación surgida del expediente no produce ningún efecto, contra lo dispuesto en el artículo 1945 del CC, que habla simple y únicamente de ‘citación judicial’, en la cual hay que comprender, mientras no se disponga lo contrario, cualquiera de esa clase, como muestra, además, de una voluntad –a través del Juez– fehaciente y clara del ejercicio de un derecho incompatible o contradictorio del derecho que con ella se interrumpe, al dejar con ello de ser pacífica la posesión en que se basa su adquisición prescriptiva”.*

Por nuestra parte, creemos que la posesión pacífica (artículo 1941 CC) es aquella que no halla oposición por el propietario y no únicamente la que se mantiene por la fuerza. Hay dos criterios interpretativos que permiten defenderlo. Uno, basado en la interpretación literal del término. Según el Diccionario de la Real Academia Española “pacífica”

es la “que no tiene o no halla oposición, contradicción o alteración de su estado”<sup>30</sup>. El segundo criterio se fundamenta en los antecedentes históricos. El artículo 1947 del Proyecto de Código Civil de 1851 exigía también que la posesión fuese pacífica, al disponer que “La posesión ha de ser continua y no interrumpida, pública, pacífica, no equívoca y en concepto de propietario”. Pues bien, según GARCÍA GOYENA, la posesión es pacífica cuando el usucapiente es “tenedor della (de la cosa) en paz, de manera que non gela demandan en todo aquel tiempo que el la pudo ganar”, como decían las Partidas 3, 29, 18<sup>31</sup>. Es decir, la posesión pacífica es la que se tiene “en paz”<sup>32</sup>. Como puede verse, la explicación que ofrece GARCÍA GOYENA de “posesión pacífica” es una reproducción de la Ley 18 del Título 29 de la Partida 3<sup>a</sup>. El verbo “demandan” plantea ciertas dudas, pues podría dar a entender que sólo una demanda judicial tendría la virtualidad de convertir la posesión en no pacífica. Sin embargo, a nuestro juicio, debe entenderse —aunque sea una interpretación ciertamente discutible— de un modo amplio, incluyendo también las reclamaciones extrajudiciales. Coadyuva a esta interpretación que la Ley 21 del mismo Título exigiese, para la interrupción de la posesión, que se promoviese “pleyto”<sup>33</sup>.

Ahora bien, no sería suficiente con que existiese alguna oposición aislada para que la posesión no fuese pacífica. Si así fuera, la regulación de la interrupción de la prescripción no tendría ningún sentido, pues ésta exige, para interrumpir la prescripción adquisitiva, no sólo la reclamación judicial sino también que ésta sea estimada. Bastaría con realizar una reclamación extrajudicial para paralizar de forma automática la usucapión al romper el carácter pacífico de la posesión. A nuestro juicio, la oposición, contradicción o alteración del estado posesorio

**SI LA ADMINISTRACIÓN  
OCUPA UNA PROPIEDAD  
POR VÍA DE HECHO Y EL  
PROPIETARIO MANTIENE  
UNA ACTITUD DE  
CONSENTIMIENTO  
O PASIVIDAD, AQUÉLLA  
CONSUMARÁ  
LA USUCAPIÓN**

(30) Así parece entenderlo también REYES MONTERREAL (en *Mucius Scaevola. Código Civil*, tomo XXXII, Instituto Editorial Reus, 1965, pág. 426): “Por pacífica tendremos, entendemos, la no opuesta conforme a los medios legales por el propio titular de la cosa, con tal de que aquélla, en sus orígenes, no hubiese sido tomada con violencia”. No obstante, este autor entiende que aunque la posesión hubiese sido contradicha legalmente, si la acción no tuvo éxito, la posesión seguiría siendo pacífica.

(31) Citado por ALBALADEJO, M., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 266.

LACRUZ —y otros— (*Elementos de Derecho Civil, I, Parte General*, volumen primero. Introducción, Dykinson, 3<sup>a</sup> edic., 2002, págs. 65-66) destaca la importancia de la opinión de GARCÍA GOYENA (autor destacado del Proyecto) para interpretar adecuadamente los artículos del Código Civil: “Sobre el proyecto escribió GARCÍA GOYENA un libro muy importante y extenso de “Concordancias, motivos y comentarios”, explicando aquél artículo por artículo: libro que constituye la clave de gran parte del Código de 1889, y que el civilista no puede dejar de lado, todavía hoy, en la interpretación de los numerosos preceptos del Derecho vigente que tienen su origen en los trabajos de 1851”.

(32) REYES MONTERREAL, J.M., *Mucius...*, ob. cit., pág. 426.

(33) El encabezamiento de esta Ley era el siguiente: “Cómo gana la cosa el que la tiene treinta años si non le mueven pleyto sobre ella en este tiempo”. Y establecía: “Treinta años continuadamente ó dende arriba seyendo tenedor algunt home de alguna cosa por qual manera quier que hobiese la tenencia, que nol moviesen pleyto sobre ella en todo este tiempo...”.

exige que los actos del propietario presenten una cierta frecuencia, sin que importe tanto si la oposición se materializa por la vía judicial o por cualquier vía extrajudicial, incluyendo en ésta no sólo las reclamaciones extrajudiciales sino también los actos de carácter material.

Tras este sucinto análisis del concepto de posesión pacífica a efectos de usucapión en las relaciones entre particulares, retomamos la exégesis del tema objeto de estudio; esto es, si es posible la usucapión por la Administración cuando ocupa propiedades privadas por la vía de hecho. En una primera aproximación anunciamos ya la respuesta positiva. En contra de lo que parece deducirse a primera vista de la doctrina establecida en la Sentencia de 6 de marzo de 1997, el análisis del caso concreto, interpretado a la luz de la jurisprudencia posterior (SSTS de 28 de noviembre de 2003 y de 30 de septiembre de 2004), revela que, aunque la ocupación inicial por la Administración se produzca por la vía de hecho, la falta de oposición del propietario conlleva que aquélla se haga con la propiedad del terreno ocupado mediante el instituto de la usucapión. Lo importante de la Sentencia de 6 de marzo de 1997 no es tanto lo que dice sino lo que no dice o afirma de forma incidental. La clave de su doctrina se halla en que hay que examinar las circunstancias de cada caso concreto. En efecto, en el Fundamento de Derecho Segundo, tras señalar que cuando la Administración ocupa propiedades privadas por la vía de hecho “resulta imposible admitir que la posesión así adquirida pueda considerarse pacífica”, añade que “no cabe, sin embargo, descartar –y para ello es menester un examen de las circunstancias del caso– que una posesión adquirida de manera no pacífica por la Administración pueda pasar a serlo”. Es decir, hay que analizar las circunstancias de cada caso para ver si la posesión inicialmente no pacífica de la Administración ha dejado de serlo o no. Y esta transformación de la posesión inicialmente no pacífica en pacífica se produce “por el consentimiento o la pasividad posterior del propietario”. O sea que si la Administración ocupa una propiedad por la vía de hecho y su propietario mantiene durante todo el tiempo de la usucapión una actitud de consentimiento o de pasividad, aquélla consumará la usucapión.

Parecía que la Sentencia de 6 de marzo de 1997 suponía la creación de una doctrina general aplicable a todos los casos de vía de hecho y no es así. Lo que sucede en el caso es que, durante el período de posesión de la Administración, los propietarios habían formulado un requerimiento a la Administración mediante acta notarial (parece que solicitando la incoación del expediente expropiatorio y el pago del justiprecio). Naturalmente, al tratarse de una reclamación extrajudicial, no interrumpió la prescripción adquisitiva, pero sí reflejó por los propietarios una actitud de falta de consentimiento, una actitud de falta de pasividad. Y esta ruptura de la pasividad ante el despojo impide que la posesión violenta se transforme en pacífica. Nos lo dice el Fundamento de Derecho 3º:

“La Sentencia recurrida, como pone de relieve la parte apelante, reconoce que los actos de los propietarios que constan en las actuaciones no son suficientes, al menos en principio, para la interrupción de la posesión por la Administración. No obstante, teniendo en cuenta que ésta no fue ganada pacíficamente, no es menester que dichos actos tengan virtuali-

## Relaciones entre vía de hecho y usucapión administrativa

dad para interrumpirla, sino que basta con que, de acuerdo con lo razonado, no reflejen una actitud de los propietarios despojados de consentimiento o pasividad ante el despojo suficiente para convertir en poseedor pacífico al detentador violento. Ello no es así, pues el escrito que presentaron ante la Administración en 1964, al igual que la mención en la escritura de compraventa de 1962, denotan la convicción de los propietarios, que hacen patente ante la Administración, de que la ocupación sólo se justifica por expropiación; (...) de tal suerte que lo que cabe apreciar en los propietarios es una tolerancia con la ocupación por la vía de hecho de sus terrenos fundada en la confianza, que manifiestan una y otra vez, de que se les fije el justiprecio por medio de la tramitación del procedimiento señalado legalmente.”

En la Sentencia de 30 de septiembre de 2004, pese a reiterarse la doctrina de la Sentencia de 6 de marzo de 1997, se admite que la Administración se hizo, a través de la usucapión, propietaria del terreno ocupado por la vía de hecho. Y la razón es que, a diferencia de aquel caso, en éste no existieron —o por lo menos no pudo acreditarse su realización— actos de oposición (judiciales o extrajudiciales) a la posesión de la Administración. No importa que esos actos tengan virtualidad para interrumpir la posesión, lo importante es que revelen que los propietarios no mantienen una actitud de consentimiento o de pasividad con la ocupación:

“no constan en las actuaciones actos de los propietarios anteriores a la reclamación que origina este litigio encaminados a interrumpir la posesión de la Administración y aunque no es menester que dichos actos tengan virtualidad para interrumpirla, sí que lo es que (no) reflejen una actitud de los propietarios despojados de consentimiento o pasividad ante el despojo suficiente para convertir en poseedor pacífico al detentador violento. Ello no acontece en modo alguno en el caso que nos ocupa de modo que nos encontramos con una situación de pasividad y consentimiento de los propietarios que desde al menos 1955 y aun antes, no han realizado acto alguno, al menos no está justificado, que permita intuir lo contrario, en consecuencia en el caso que nos ocupa hemos de concluir de los datos obrantes en las actuaciones que ha operado el instituto de la usucapión a favor de la Administración”.

Desde este punto de vista de análisis casuístico, se comprende mejor el razonamiento de la Sentencia de 28 de noviembre de 2003, al negarse a entrar a valorar si se trataba de una posesión pacífica o no, pues el recurso de casación al ser de “naturaleza especial, no constituye un instrumento apto para recabar del Tribunal Supremo, directa o indirectamente, una valoración de la prueba distinta de la llevada a cabo por el Tribunal de instancia”. No es una consecuencia automática y aplicable en todo caso que la ocupación inicial por la vía de hecho, al ser una posesión no pacífica, impida posteriormente la usucapión por la Administración.

En conclusión, hay que examinar las circunstancias de cada caso concreto para determinar si se produjo o no la usucapión. Pero, entonces, ¿cuál es la trascendencia de que la ocupación se produjera por la vía de hecho? Que la posesión así adquirida no puede considerarse pacífica. Y este punto de partida va a marcar la posibilidad posterior de usucapir por la Administración. Que se consume o no la usucapión dependerá de la actitud que adopte el

propietario despojado. No es necesario que las actuaciones judiciales o extrajudiciales de éste tengan virtualidad para interrumpir la usucapión (recordemos que la interrupción civil se produce por reclamación judicial, que tiene por fin interrumpir desde entonces la usucapión, siempre que aquella prospere); es suficiente con que reflejen que no existe una actitud de pasividad o de consentimiento con la ocupación. Si el propietario muestra su oposición a la ocupación (y lo acredita, como dice la Sentencia de 30 de septiembre de 2004) por cualquier medio (judicial o extrajudicial), la usucapión no llegará a producirse por no considerarse la posesión pacífica. En este sentido, debemos preguntarnos si los actos de oposición deben ser reiterados o si basta con cualquier tipo de oposición aislada. Parece que el Tribunal Supremo, al partir de una situación de posesión no pacífica, se decanta por esta última alternativa. Esta conclusión puede obtenerse de una lectura *a contrario sensu* de la referencia a la jurisprudencia civil, al explicitar que ésta “exige que el carácter no pacífico de la posesión manifestada por la oposición del *verus dominus* tenga una continuidad en el tiempo”. No tendría mucho sentido establecer una doctrina peculiar respecto a la vía de hecho administrativa, para luego aplicar sin más la doctrina de la Sala Primera, exigiendo conforme a ésta que la oposición del propietario tenga una continuidad en el tiempo. Pero, sobre todo, la conclusión se desprende de lo señalado en el Fundamento de Derecho 4º de la Sentencia de 6 de marzo de 1997, en el que se recoge la alegación de la Administración de que, desde el requerimiento formulado en 1964, en 23 años los interesados no habían verificado actuación alguna. En cualquier caso, debe quedar claro que una actitud del propietario de pasividad o de consentimiento con la ocupación por la vía de hecho permite que la Administración llegue a hacerse con la propiedad del terreno ocupado por medio del instituto de la usucapión.

# Las costas procesales en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

JORGE PÉREZ ALONSO

Abogado

## Sumario:

**I. Planteamiento del problema. II. Las costas en el proceso contencioso.** A) Diferencias jurídico-fácticas del proceso contencioso respecto del proceso civil a tener en cuenta para el criterio de imposición de costas. B) Criterios de imposición de costas en el orden contencioso. a) Mala fe o temeridad. b) Pérdida de finalidad del recurso en caso de no imposición. c) Costas en el proceso ejecutivo. d) Tasación y exacción de las costas. **III. Conclusión: necesidad de la reforma en materia de costas.**

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

“Todo proceso –y el proceso administrativo no es una excepción– implica una serie de gastos que variarán según la complejidad del mismo. En unos serán mínimos y en otros fabulosos; pero, por simple y sencillo que el proceso sea, siempre dará lugar a unos gastos.”

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ<sup>1</sup>

En un estudio que data nada más y nada menos que del año 1977, el profesor Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ señalaba que “La eficacia real del control jurisdiccional del poder público depende hoy básicamente –una vez resueltos los problemas dogmáticos de mayor bulto en el curso de una larga y compleja evolución institucional– de tres tipos de cuestiones: la duración de los procesos, su coste y la ejecución de las decisiones

(1) Manual de Derecho Procesal Administrativo, 3ª edición, Civitas, Madrid, 2001, pág. 443.

que pongan fin a los mismos<sup>2</sup>". Como puede observarse, pese a que desde entonces han transcurrido casi treinta años, la situación es, hoy en día, idéntica a la descrita por el ilustre administrativista en vísperas de la promulgación de nuestra carta magna. Pese a la sustitución del benemérito texto jurisdiccional de 1956 por otro teóricamente más acorde con los tiempos actuales (Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) lo cierto es que la normativa actual se ha limitado a plagiar la regulación anterior con innovaciones ciertamente escasas (más teóricas que reales), pero sin alterar en lo esencial los principios inspiradores de la Ley Ballbé-González Pérez de 1956, cuyas premisas básicas se han respetado escrupulosamente.

El problema del coste del proceso contencioso-administrativo es realmente importante, pues, en la práctica, funciona muchas veces como elemento disuasor para que el ciudadano opte por no ejercer su legítimo derecho a la tutela judicial efectiva, pudiendo implicar, por tanto, una vulneración del principio constitucional reconocido en el artículo 24 de la Constitución. El equívoco fundamental, a mi juicio, es el superponer, trasplantar sin un análisis de fondo los principios que regían la imposición de costas en litigios civiles sobre los que se fundamentan y amparan los pleitos entre particulares al proceso contencioso-administrativo, cuando en realidad la situación tanto fáctica como procesal es radicalmente distinta en ambos casos. Con carácter prioritario, hemos de responder a una pregunta fundamental ¿Cuál es la finalidad de la imposición de las costas procesales? O, dicho en otras palabras ¿Qué se persigue con la condena en costas? La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2005, aunque referida al ámbito penal, aclara sin la menor duda la cuestión, al señalar, en su fundamento jurídico quinto que:

*"(...) tanto la doctrina procesalista actual como la jurisprudencia (...) coinciden en destacar su naturaleza procesal, cuyo fundamento no es el punitivo, sino el resarcimiento de los gastos procesales indebidamente soportados por la parte perjudicada en el proceso (...)"*

En idéntico sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001 (Ar. 695 de 2002) indica igualmente:

*"La condena en costas implica el reconocimiento de un crédito a favor de la parte cuya pretensión procesal prosperó y con cargo a quien le fue rechazada, compensatorio de los gastos que indebidamente fue obligada a realizar la primera por mor de la segunda; sustancialmente es, por tanto, una cantidad debida por una parte procesal a la otra, cuya cuantía viene determinada por el conjunto de desembolsos que es necesario (y no superfluo) hacer en un juicio para conseguir o defender un derecho."*

Dicho en otras palabras, la parte que ha visto desestimadas sus pretensiones ha de resarcir a la procesalmente vencedora de los gastos que ésta ha visto obligada a satisfacer a los profesionales que asumieron su defensa y representación. No obstante, conviene hacer

(2) Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "De nuevo sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas", RAP, núm. 84, pág. 263.

una serie de precisiones que marcan una importante diferencia entre los procesos civil y contencioso-administrativo y que, lógicamente, deberían tener su reflejo en los efectos económico-procesales.

Actualmente, en el proceso civil el tema de las costas se ventila de una manera objetiva en base al criterio del vencimiento. Así, el artículo 394 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil indica que en los *procesos declarativos*<sup>3</sup> las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, razonándolo debidamente, que el caso presente serias dudas de hecho o de derecho (aspecto este último para el que *necesariamente* ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares<sup>4</sup>), mientras que para el caso de estimación parcial cada parte abonará sus propias costas, imponiéndose únicamente en caso que una de las partes haya litigado con temeridad. Es decir, que se elimina todo vestigio subjetivo o de discrecionalidad para el juzgador, al ligar la imposición a un criterio puramente objetivo (el vencimiento) e, incluso en los casos en los que proceda la no imposición por presentar serias dudas de hecho o de derecho, deberá razonarse motivadamente exponiendo la jurisprudencia al respecto las razones por la que se opta por la no imposición.

En efecto, es evidente que en el ámbito civil, regido por el principio dispositivo y donde las partes, carentes del privilegio de autotutela, han de acudir necesariamente al proceso para hacer valer sus derechos, si la parte que ha iniciado el procedimiento ha visto desestimadas sus pretensiones, es notorio que ha hecho un uso indebido del proceso obligando a su contrario a asumir unos gastos de defensa que, en puridad, eran innecesarios al carecer el actor de los presupuestos para reclamar su derecho; si, por el contrario, es la parte actora quien ve estimada sus pretensiones, es igualmente claro que ha sido la demandada quien ha obligado al demandante a acudir a pleito con los gastos que ello conlleva.

**LA CONDENA EN COSTAS  
ES UNA CANTIDAD  
DEBIDA POR UNA PARTE  
PROCESAL A LA OTRA,  
CUYA CUANTÍA VIENE  
DETERMINADA POR  
LOS DESEMBOLSOS QUE  
SON NECESARIOS HACER  
EN UN JUICIO**

(3) Obsérvese que la LEC indica claramente la expresión “proceso declarativo”. En efecto, en el proceso ejecutivo la imposición de las costas es automática y sin necesidad de expresa imposición cuando transcurrido el plazo de veinte días y presentada la demanda ejecutiva, se despacha ejecución (artículo 539.2 LEC). Ya veremos cómo en el ámbito contencioso la práctica forense es radicalmente la contraria.

(4) Al introducir la ley el adverbio “necesariamente”, entiendo que excluye la posibilidad de que el Juez o Tribunal rechace la imposición de costas simplemente por manifestar “serias dudas”, sino que, a la vista de la dicción literal del precepto, el juzgador habrá de razonar, con relación de la jurisprudencia existente al respecto, los motivos por los que el caso presente serias dudas.

No obstante, Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en su trabajo citado al inicio del presente estudio, ya indicaba que el principio de igualdad en los procesos civiles era más teórico que real, lo que implicaba (e implica) la necesidad de un serio replanteamiento del asunto en el mismo seno del proceso civil.

“La regulación vigente está calcada sobre el molde del proceso civil, con lo cual resulta que a las disfunciones intrínsecas de éste se unen los problemas que derivan de la diversidad esencial existente entre ambos tipos de procesos y sus protagonistas respectivos. Digamos las cosas claramente. El esquema procesal civil parte ya de una base falsa: la igualdad de las partes. Esa igualdad es ilusoria, porque aunque desde el punto de vista jurídico-formal, las partes litigantes son iguales, desde el punto de vista social y económico no lo son en absoluto. El litigante más poderoso económicamente tiene siempre —no nos engañemos— la posibilidad de imponerse a su contrario por simple agotamiento de éste en razón de su misma prepotencia material cuando la distancia entre uno y otro es suficientemente grande<sup>5</sup>.”

El Magistrado José BORREGO LÓPEZ, en un artículo dedicado precisamente al tema de las costas procesales, coincide con la opinión del profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, señalando con toda crudeza esa posición de desigualdad:

“No debe olvidarse que el Derecho Procesal de lo Contencioso-Administrativo parte de la base de una clara desigualdad en cuanto a la titularidad de poderes de las posibles partes en litigio y que se hace más gravosa que en el ámbito civil, en donde la desigualdad ya se puede predicar habida cuenta de las diferencias socioeconómicas de los litigantes, estableciéndose tan sólo una igualdad lógico-formal; en aquel ámbito, junto a la desigualdad material, se une la jurídica, teniendo en cuenta los privilegios y prerrogativas con los que cuentan las Administraciones públicas por excelencia, que quedan configuradas como *potentior personae*; y que determinan de hecho que litigar contra los poderes públicos suponga *prima facie* aceptar una situación de inferioridad apriorística susceptible de verse incrementada en lo sucesivo (incidentes de ejecución de sentencias)<sup>6</sup>.”

Si dichas afirmaciones, absolutamente ciertas e indubitadas, son válidas en el proceso civil, no digamos ya en el contencioso, donde la situación no ya fáctica, sino jurídica es radicalmente diferente. Esta consideración no es ociosa, y nos lleva directamente al tema debatido.

(5) Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 264.

(6) José BORREGO LÓPEZ, “Las costas procesales en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *RAP*, núm. 126, pág. 313.

### II. LAS COSTAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO

“(…) en España las reformas legislativas no se hacen o no se hacen bien. La nueva regulación de las costas procesales contenidas en el monoartículo Capítulo IV de la Ley 29/1998 no excepciona lamentablemente el axioma enunciado”.

Antonio MARTÍNEZ MARÍN<sup>7</sup>

#### A) Diferencias jurídico-fácticas del proceso contencioso respecto del proceso civil a tener en cuenta para el criterio de imposición de costas

Si, como hemos visto, el proceso civil se inspira en el principio dispositivo y el dogma de la igualdad de partes (dogma este que ya hemos visto dista mucho de ser real) el orden contencioso-administrativo ni en la teoría ni en la práctica se encuentra inspirado por dichos criterios. Por de pronto, el formidable privilegio de autotutela administrativa hace que el control jurisdiccional de la Administración sea un control *ex post facto*<sup>8</sup>, es decir, un control de legalidad de la actuación que en modo alguno supone, como regla general, ni el cuestionamiento de la validez de dicha actuación ni la suspensión de la misma hasta que, por medio de sentencia, se concluya que dicha actuación administrativa es contraria a derecho. Primera diferencia, pues, sobre el proceso civil. Pero existe una segunda y fundamental, referida a la naturaleza de la defensa jurídica de los entes públicos. Las distintas Administraciones públicas poseen determinado número de profesionales encargados de su defensa, profesionales que no son contratados por la Administración *ad casum* ni retribuidos en base a minuta individual por actuaciones en casos concretos, sino que ostentan la condición de funcionarios y ven satisfechos sus servicios regularmente al estar incluidos en las correspondientes plantillas, percibiendo sus retribuciones con cargo a los presupuestos de la entidad a la que defienden, presupuestos que, a su vez, se nutren de los tributos satisfechos por todos los ciudadanos. Es decir, que, en principio, a las distintas Administraciones públicas les es indiferente el número de pleitos a los que han de hacer frente a efectos de retribuir a sus propios defensores (el colapso de la jurisdicción administrativa puede funcionar como elemento “disuasorio” para el particular a la hora de decidir si ejercita o no su derecho de defensa, pero, insistimos, a la Administración, a efectos económico-procesales, en principio, le da igual ocho que ochenta) y, por otra parte, las retribuciones de los profesionales encargados de la defensa de las Administraciones públicas, al proceder de los presupuestos, ya están garantizados y satisfechos; la Administración no tiene un perjuicio económico por el mero hecho de ser demandada<sup>9</sup>, incluso aunque el ente público resultase vencedor en el pleito. Con ello no pretendo en modo alguno

(7) “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998”, edición especial del número 100 de la REDA, Civitas, Madrid, 1998; Comentario al artículo 139, págs. 907 y ss.

(8) Vid. para una aproximación al privilegio de autotutela, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 12ª edición, Civitas, Madrid, 2004, capítulo IX, especialmente las págs. 513 a 540. Una magnífica síntesis en apenas dos hojas se encuentra en Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de derecho procesal administrativo*, págs. 67-69.

(9) Salvo en el caso de los Procuradores cuando el enjuiciamiento de la actuación administrativa corresponde a un órgano colegiado. Ha de tenerse en cuenta que el uso de dichos profesionales en los órganos unipersonales no es necesaria.

cuestionar la profesionalidad y la entrega de los juristas encargados de la defensa de los entes públicos en cada uno de los asuntos que conocen, simplemente me limito a constatar un hecho indubitado que debe tenerse en cuenta a la hora de abordar esta cuestión, pues si el particular que, pese a todo, decide emprender la tarea de iniciar un proceso contencioso-administrativo para discutir la legalidad de una actuación administrativa que entiende no ajustada a derecho, ve estimadas sus pretensiones pero, como es habitual en un noventa por ciento de los casos, no existe expresa imposición de costas, se daría la peculiar circunstancia que debe detraer de su patrimonio una cantidad destinada a satisfacer los honorarios del profesional o profesionales encargados de su defensa, mientras que una parte de sus impuestos irá a los presupuestos que nutrirán los honorarios de los profesionales encargados de la defensa del litigante procesalmente vencido.

Es evidente que, en casos de personas con insuficiencia de medios para litigar, existe el parche de la justicia gratuita, pero ello en modo alguno supone una solución general a la cuestión debatida. El núcleo en sí del problema no es tanto la falta de medios económicos del ciudadano, que en muchos casos no se dará al superar los límites establecidos en la legislación reguladora de la asistencia jurídica gratuita, sino la falta de resarcimiento de los gastos procesales en casos de estimación de la demanda particular, muy especialmente en asuntos de escasa cuantía, aspecto este que las Administraciones tienen muy en cuenta a la hora de resolver peculiarmente en vía administrativa bastantes asuntos, algunos de los cuales revelan una línea ideológica similar a la que inspiraba al celeberrimo funcionario Pantoja, descrito magistralmente por Benito PÉREZ GALDÓS en su celeberrima novela *Miau*<sup>10</sup>.

## B) Criterios de imposición de costas en el orden contencioso

La situación existente con anterioridad a la publicación de la actual normativa, que se remontaba a los orígenes mismos de la legislación contencioso-administrativa<sup>11</sup>, venía regida por el artículo 131.1 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, a tenor del cual se imponían las costas a la parte que sostuviere su acción o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad. Es decir, que la consideración de las costas procesales se configuraba como una especie de “penalización” al litigante temerario. Ahora bien ¿qué debía enten-

(10) Me remito a la excelente y cuidadísima edición de Cátedra, pág. 254. Por cierto, que el amplio estudio introductorio que precede a dicha obra concluye con una frase que no podemos más que suscribir al cien por cien: formalmente, la Administración hoy en día es muy distinta a la de 1888; en el fondo, sigue siendo la misma.

(11) “Nuestros textos legales básicos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ofrecen una identificación reguladora casi inmutable. La Ley de 22 de junio de 1894, reformadora de la de 1888 y a su vez reformada por la Ley de 1904, se ocupa especializadamente de las costas procesales en un solo artículo, el 93; el Texto Refundido de 8 de julio de 1952 repite literalmente la regulación anterior, salvo la actualización cuantitativa, en un único artículo, el 101; y para que la coincidencia unitaria se encuentre consumada, de los tres artículos reguladores de las costas en la Ley de 1956, sólo permanece vigente en el momento presente el artículo 131.

Los principios cardinales consagrados en esta regulación histórica monoarticulada han sido los siguientes: en primer lugar, la condena en costas es una sanción y por consiguiente sólo se impone a quien actúa con notoria temeridad o, a partir de 1956, a quien lo hace con mala fe o temeridad. En segundo término, las costas causadas en autos serán reguladas y tasadas según lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil que, además, se considera como Ley supletoria en el tema. Finalmente, la Administración exacciona tasas a los particulares condenados a través de su propia vía de apremio que, como es obvio, lo hará en caso de resistencia al pago voluntario.” Antonio MARTÍNEZ MARIÑ, *op. cit.*, pág. 908.

derse por litigante temerario? Los escasos trabajos dedicados al tema de las costas procesales ofrecían un panorama desalentador al respecto, pues todos ellos (con cita expresa de la célebre frase de ALCALÁ-ZAMORA<sup>12</sup>, por cierto), concluían que en la práctica la regla general era la no imposición de las costas. Lo cierto es que, como señalaba BORREGO LÓPEZ:

“(…) se aprecia en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo los siguientes criterios de interpretación al respecto: una voluntad restrictiva de su aplicación, si bien dulcificada con el transcurso del tiempo; un empleo indiferenciado al usar dichos conceptos e imponer las costas por la concurrencia de los mismos; algunas sentencias conceptúan la mala fe y temeridad como base para justificar lógicamente su actitud favorable o negativa a su establecimiento; en otros muchos casos, no se argumenta sobre los motivos que han llevado al Tribunal a la apreciación de los mismos, bastando su alegato genérico y abstracto; existe, por último, una tendencia que aplica el principio del vencimiento amparándose de hecho en el principio de temeridad o mala fe<sup>13</sup>”.

Lo cierto es que dicho autor abogaba en su estudio por una reforma en la materia, reforma que, como hemos de ver, no se ha producido. El artículo 139.1 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa mantiene el criterio tradicional al señalar que:

“En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promoviesen, impondrá las costas, razonándolo debidamente, a la parte que sostuviere su acción o interpusiere sus recursos con mala fe o temeridad.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, se impondrán las costas a la parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas cuando de otra manera se haría perder al recurso su finalidad<sup>14</sup>.”

Curiosamente, la ley se aparta de dicho criterio en las sucesivas instancias o grados, pues el artículo 139.2 indica que se

(12) “La realidad de la vida jurídica española en punto a condena en costas puede resumirse así: el albedrío como principio y la lenidad como consecuencia.”

(13) José BORREGO LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 311.

(14) Parece ser que en el proyecto originario el criterio de imposición de costas era netamente objetivo y ligado al principio del vencimiento.

**EN EL DERECHO PROCESAL  
DE LO CONTENCIOSO-  
ADMINISTRATIVO EXISTE  
UNA DESIGUALDAD  
JURÍDICA ENTRE  
LOS LITIGANTES  
POR LOS PRIVILEGIOS CON  
LOS QUE CUENTA  
LA ADMINISTRACIÓN**

impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. Es decir, que mientras en ulteriores instancias el criterio de imposición de costas se objetiviza (la imposición es automática y lo excepcional, la no imposición, requiere un juicio motivado y razonado por el Tribunal acerca de las razones que le han llevado a optar por no hacer un pronunciamiento expreso<sup>15</sup>) en primera instancia mantiene parcialmente la subjetividad, pues utiliza dos criterios, uno general (temeridad o mala fe, criterio subjetivo) y uno subsidiario, en caso de no apreciar el Juzgado o Tribunal dicha circunstancia, que es la pérdida de finalidad del recurso en caso de no imposición (ligado al vencimiento, criterio, pues, semi-objetivo). Analicemos detenidamente cada uno de estos criterios.

### a) Mala fe o temeridad

Es éste el criterio tradicional en el ámbito contencioso-administrativo que, en realidad, ha permanecido durante años durmiendo el sueño de los justos, hasta el punto que podía y puede decirse sin temor a equivocarse que en este aspecto, la temeridad o la mala fe ni existían ni, prácticamente, existen en el orden contencioso, como ya hemos adelantado. Y no por razones imputables únicamente a la Ley, sino a los propios Tribunales, como ha tenido el valor de reconocer por escrito un miembro de la judicatura:

“Y manifestamos que ésta es la regla general, ya que, aun cuando la real condena en costas a la que se refiere el artículo 131.1 de la Ley Reguladora (de 1956) establezca el principio general para su imposición de la temeridad o mala fe (principio subjetivo), lo cierto es que de facto los Tribunales sólo excepcionalmente llegan a aplicar el mismo, habida cuenta: de la dificultad de poder acreditar la concurrencia de dichos conceptos jurídicos indeterminados y condicionantes de su imposición; la actitud *pro-administración* de los propios órganos jurisdiccionales; la interpretación muy restrictiva de los mismos por éstos, que le deja la Ley con gran arbitrio para su aplicación; y la consideración apriórica del inmerecimiento de la atribución de las costas procesales a la Administración cuando es vencida en el pleito, al reputarse que ésta acude a los Tribunales a defender sus propios actos y disposiciones revestidos de la característica *ab initio* que justifica su actuar administrativo (interés público) y acreedora de los privilegios de la Administración (...) ello sin olvidar el efecto que tal condena puede originar en el erario público<sup>16</sup>.”

Permítaseme un ejemplo concreto, muy reciente e ilustrativo de tan paradójica situación que demuestra hasta qué punto el concepto de mala fe o temeridad en el orden contencioso se ha vaciado hasta extremos realmente preocupantes: la recentísima Sentencia número 108 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número dos de Oviedo fechada el 14 de abril de 2005, que estima parcialmente la demanda interpuesta por dos particu-

(15) Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, volumen II, 4ª edición, Civitas, Madrid, 2003, pág. 2455.

(16) José BORREGO LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 310.

lares frente al Ayuntamiento de Mieres<sup>17</sup>. Es incomprensible, a tenor de los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la sentencia, referidos expresamente a la actitud pasiva de la Corporación mierense (se habla literalmente de “desidia y desinterés ante el asunto por parte del Ayuntamiento”), que se ventile la cuestión de las costas con la consabida y reiterativa fórmula de “no se aprecian motivos de temeridad o mala fe que justifiquen la imposición de costas”. ¿Por qué no se aprecian esos motivos? Si existe desidia y desinterés de la Administración en dicho caso, constatado expresamente por la propia Magistrada, hasta el punto que, tras reiteradísimas denuncias a las que la Administración ni siquiera dio curso, los particulares afectados no tuvieron otro remedio ni otra alternativa que acudir a la vía procesal ¿Qué debemos entender, pues, por temeridad a efectos jurídicos?

La jurisprudencia en este asunto ha sido muy escasa, y siempre orientada hacia el mismo punto. Si observamos las citas jurisprudenciales contenidas en los trabajos de BORREGO LÓPEZ y GONZÁLEZ PÉREZ<sup>18</sup>, observaremos que, en realidad, la mala fe y la temeridad se reconducían a dos criterios:

1) El primero, consistía en vincular la temeridad al planteamiento de un recurso jurisdiccional cuando éste carece de base argumental alguna.

“Como decisiones concretas de su apreciación destacan: recurrir en apelación un incidente de ejecución sin explicar las razones de tal conducta (Auto de 5 de enero de 1988, R. 182); por falta de escrito de alegaciones en la apelación (Sentencias de 1 de febrero de 1988, R. 670; y 25 de abril de 1990, R. 1914); por no tener fundamento alguno asumible su recurso de apelación, y aunque el Letrado del Estado venga obligado a interponerlo (Sentencia de 8 de febrero de 1988, R. 729); la absoluta falta de base de la apelación y de las alegaciones formuladas en ella (13 de mayo de 1988, R. 3743); por haber formulado un recurso jurisdiccional prácticamente carente de posibilidades de éxito (Sentencia de 20 de junio de 1988, R. 4398); mantener una apelación tan infundada (Sentencia de 28 de junio de 1988, R. 5167); imponer las costas a la Administración al mantener la apelación con fútiles argumentos contra una sentencia que había dado razones de la absoluta inviolabilidad de su oposición (Sentencia de 9 de julio de 1988, R. 5880) (...) apelar una sentencia totalmente ajustada a Derecho (Sentencia de 25 de enero de 1989, R. 455); la falta total de fundamento serio en la apelación (Sentencia de 30 de junio de 1989, R. 4927); la reproducción de los argumentos vertidos en la demanda (Sentencia de 21 de julio de 1989 (R. 5852)<sup>19</sup>.”

(17) De las tres pretensiones solicitadas en la demanda (disconformidad a derecho y anulación de actuaciones administrativas consistentes en desestimación presunta, por silencio administrativo negativo, de la petición formulada por los recurrentes en el sentido de clausura del local, adopción de medidas oportunas para depurar la responsabilidad de los funcionarios municipales que toleraron dicha actividad; abono de una indemnización a los reclamantes no inferior a 30.000 euros y nulidad de la resolución de la Alcaldía por la que se concedió una licencia de apertura y puesta en funcionamiento del local para actividad de telecentro y cursos de formación) la sentencia únicamente rebajó la indemnización a 12.000 euros (6.000 para cada reclamante) y, como era de esperar, no se hizo pronunciamiento alguno acerca de la responsabilidad del funcionario actuante, sino que se limitó a constatar la “disconformidad a derecho y consiguiente anulación de las referidas actuaciones administrativas”.

(18) José BORREGO LÓPEZ, *op. cit.*, especialmente págs. 311-314. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 4.ª edición, vol. II, Civitas, Madrid, págs. 2448-2456.

(19) José BORREGO LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 312.

En este caso, esa línea jurisprudencial ha dejado de tener sentido en la medida que ha sido incorporada al nuevo texto legal, pues el artículo 139.2 de la actual LJCA ha vinculado en las sucesivas instancias y grados la imposición de las costas al dato objetivo del vencimiento.

2) El segundo criterio consiste en sostener una pretensión vulnerando la doctrina expuesta de manera clara por la jurisprudencia o en contradicción con un claro texto legal. En este sentido, las páginas 2449 a 2451 de los imprescindibles Comentarios del profesor GONZÁLEZ PÉREZ a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa nos ofrecen un resumen de la doctrina jurisprudencial en esta materia con cita de las sentencias más relevantes.

Pese a que la situación dominante sigue siendo la no imposición de costas procesales por “no apreciar mala fe y temeridad en ninguna de las partes”, la situación, aunque muy lentamente y con cuentagotas, ha empezado a cambiar, puesto que algunos Juzgados de lo Contencioso han comenzado a utilizar el criterio de la mala fe procesal para la imposición de costas en algunos muy pocos, ciertamente, pero algunos casos. Así, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 25 de Madrid de 20 de diciembre de 2001 (RJ 2002/11019) considera temeridad el no declarar la caducidad de un expediente. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Gijón ha hecho uso del criterio de temeridad en varias ocasiones, todas ellas con cita expresa del ATC 305/1982. Por de pronto, desde la creación misma de dicho órgano jurisdiccional, ha sido criterio judicial inamovible la imposición de costas en casos de satisfacción extraprocesal de la pretensión<sup>20</sup> (por ejemplo, la Sentencia de 26 de febrero de 2002 y el Auto de 27 de octubre de 2003). Pero el mismo fundamento de temeridad ha sido utilizado, al menos que yo sepa, en otras dos ocasiones, por el mismo órgano. Así, la Sentencia de 24 de noviembre de 2004 impone las costas con expresa declaración de temeridad por inexistencia de resolución sancionadora en el expediente administrativo (“En el caso de autos la resolución impugnada confirma una resolución sancionadora inexistente, obligando al recurrente a acudir a la vía jurisdiccional para obtener la anulación de dicha resolución, supuesto este que cabe incluir en el concepto de temeridad antes aludido y que justifica la condena en costas a la Administración demandada”). Pero, y lo que a mi juicio es más relevante y que supone una puerta abierta para el ciudadano, es el importantísimo criterio judicial iniciado en la Sentencia de 13 de febrero de 2004, en la que se considera temerario que la Administración ofrezca en supuestos idénticos soluciones diferentes, argumentando que:

“En el presente caso, el recurrente ha aportado una resolución municipal de fecha anterior a la interposición de la demanda en la que se resuelve anular diversas resoluciones sancionadoras en base a que tanto la iniciación de los expedientes como dichas resoluciones fueron notificadas a través del BOPA, ya que los intentos efectuados previamente no

(20) Con toda la razón ya que si la Administración obliga a un particular a iniciar la vía procesal para, con posterioridad al inicio de la misma, satisfacer sus pretensiones, es evidente que no había necesidad de aperturar la vía procesal, apertura totalmente imputable a la Administración actuante y que, con ello, se hace acreedora a la condena en costas.

habían sido posibles al haberse dirigido al antiguo domicilio de Lugones, si bien —dice la resolución— se ha comprobado que el que realmente pertenece a la interesada es de Gijón, supuesto este que guarda identidad con el recurso objeto de autos y es por ello que no habiéndose ofrecido por el Ayuntamiento la misma solución (de anular la resolución) obligando al recurrente a acudir a la vía jurisdiccional, resulta procedente, según lo adelantado, acordar la imposición de las costas.”

### b) Pérdida de finalidad del recurso en caso de no imposición

Este segundo criterio, novedad respecto a la legislación anterior, se encuentra vinculado expresamente al criterio del vencimiento (“a la parte cuyas pretensiones han sido totalmente desestimadas”), cuando, de no imponer las costas se hiciere hacer perder al recurso su finalidad, lo que nos lleva a preguntarnos cuándo la no imposición hace perder la finalidad al recurso. Es decir, que se vincula la imposición a la concurrencia de dos cuestiones cumulativas, debiendo darse ambas para que proceda la imposición: de una parte, la estimación de la demanda, y de otra, la pérdida de finalidad del recurso en caso de no imposición.

Esta excepción al principio subjetivo, como indica MARTÍNEZ MARÍN, este párrafo

“(…) es el texto de una enmienda presentada por Convergencia y Unión en la fase senatorial que definitivamente queda incorporada en la nueva Ley. Como puede deducirse, supone una quiebra imperativa al propio principio subjetivo; pero sin fundamento en ningún otro criterio o principio que no sea el meramente crematístico, ya que las costas se impondrán a la parte vencida con independencia del principio sancionador o del vencimiento. Pues si esto no se hiciera así, el recurso del vencedor perdería su finalidad que, tratándose de dinero, pretende garantizar a la parte vencedora que cuando el importe de las costas propias le supongan un coste igual o superior al valor cuantitativo de sus pretensiones estimadas, no se le imponga coste extrajudicial alguno y que sea la parte vencida quien pague el importe de sus costas. Dicho en expresión popular, se pretende que el remedio no sea peor que la enfermedad<sup>21</sup>”.

(21) Antonio MARTÍNEZ MARÍN, *op. cit.*, pág. 912.

**MIENTRAS QUE  
EN PRIMERA INSTANCIA  
SE UTILIZA UN CRITERIO  
SUBJETIVO PARA  
LA IMPOSICIÓN  
DE COSTAS, TEMERIDAD O  
MALA FE, EN ULTERIORES  
INSTANCIAS ESTE  
CRITERIO SE OBJETIVIZA**

Lo cierto es que, salvo en asuntos de cuantía millonaria, la no imposición de costas siempre hará perder la finalidad al recurso. Pongamos un sencillo ejemplo para ilustrar este aserto: un particular que exige responsabilidad patrimonial a la Administración y reclama una cantidad que en vía administrativa se le deniega y en vía judicial se le reconoce como procedente, pero sin expresa imposición de las costas; pongamos que en el mismo supuesto, el particular opta por ejercitar la acción directa frente a la aseguradora en vía civil y se le otorga la misma cantidad pero con imposición de las costas, ya que, como hemos indicado, en vía civil la imposición sigue el criterio del vencimiento. Es evidente que, en el primer caso el particular ve minorada la cantidad a la que tenía legítimo derecho por la no imposición (X-Honorarios), a diferencia de lo que ocurre en vía civil ejercitando la acción directa [X-(Honorarios-Costas)]. Y ello por no hablar de asuntos de escasa o nula cuantía como las sanciones de tráfico, donde la tramitación de los expedientes sancionadores deja bastante que desear y donde la vulneración de los más elementales derechos de defensa está a la orden del día y el ejercicio del derecho de defensa de no existir el criterio de imposición resulta a todas luces antieconómico<sup>22</sup>.

Lo cierto es que también existen casos (igualmente pocos, pero existen) en que los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo han hecho uso de esta facultad imponiendo las costas en base a este criterio, aunque moderando la cantidad y fijando un tope máximo. Así, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Zamora, de 17 de junio de 2002 (RJCA 2003/727) indica que “Perdería el recurso su finalidad si no se impusiesen las costas a la Administración demandada, ya que la actora se ha visto obligada a litigar en defensa de sus derechos”, si bien limita las costas a un máximo de 650 euros. En idéntico sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Ávila de 25 de junio de 2002 (RJCA 2003/624), aunque en este caso el límite máximo se redujo a 75.000 pesetas (sic), o las Sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Dos de Valencia de 10 de septiembre y 30 de octubre de 2002 y 30 de enero de 2003, todas ellas sin señalar expresamente límite máximo alguno, pero acogiéndose a este criterio de la pérdida de finalidad del recurso. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Gijón, que en materia de imposición de costas siempre ha obrado de una manera muy valiente, en su recentísima Sentencia de 29 de julio de 2005 ha utilizado el que, a mi juicio, es un argumento decisivo, pues aun reconociendo que en el caso enjuiciado (se ventilaba la prescripción de la acción para sancionar en una infracción a la Ley de Tráfico), se constata no sólo la ausencia de negligencia sino que se permite observar un inusual comportamiento diligente en la Administración demandada; no obstante, al ser estimado el recurso han de imponerse las costas a la parte demandada habida cuenta de la necesidad que tuvo la parte actora de contratar un Abogado para que viese estimadas sus pretensiones; así el Juzgador impone las costas a la Administración, toda vez que:

“(…) dada la cuantía de la sanción impuesta procede la aplicación del segundo párrafo de dicho precepto, según el cual, no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, se impon-

(22) ¿Alguien puede pensar sinceramente que, por mucha razón que se tenga, se va a acudir a un proceso contencioso-administrativo para solicitar una prescripción o una caducidad denegada por la Administración en casos de infracciones leves o graves?

drán las costas a las partes cuyas pretensiones hayan sido desestimadas cuando, de otra manera se haría perder al recurso su finalidad, supuesto este que concurre en el caso de autos habida cuenta de que el actor ha precisado contratar los servicios de un letrado para obtener una sentencia favorable y el pago de sus honorarios conduciría, en relación a la cuantía de la multa impuesta, a la pérdida de finalidad del recurso, si bien el Juzgador haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 139.3 de la LJCA acuerda fijar la cuantía de las costas hasta una cifra máxima de 300 euros (IVA incluido) habida cuenta de la escasa complejidad del asunto debatido”.

El mismo órgano jurisdiccional en su Sentencia de 27 de diciembre de 2004 aplicó igualmente esta regla procesal para imponer las costas, aunque en esta ocasión con más cautela que las resoluciones judiciales antecitadas, pues, en su fundamento jurídico tercero razona del siguiente modo:

“En cuanto al párrafo segundo del mismo precepto, hemos sostenido en otras ocasiones que su aplicación no resulta automática y el mismo no impide al órgano jurisdiccional valorar la procedencia de la imposición de las costas, como lo demuestra el hecho de que el legislador en el artículo 139.2 establece expresamente el criterio del vencimiento, y entre los criterios a tener en cuenta para aplicar dicho precepto se encuentra la actuación procesal mantenida por las partes<sup>23</sup>. Si bien entendemos que la omisión en el expediente administrativo de los documentos aportados por el actor en el acto de la vista pueden constituir un simple error, lo que sí evidencian es la diligencia de la recurrente frente a la falta de diligencia de la Administración demandada.

Ello unido al importe reducido de la sanción impugnada ha de conducir a la imposición de las costas a la Administración, si bien el Juzgador teniendo en cuenta la escasa complejidad técnica del asunto debatido, haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 139.3 fija el importe de las costas en un máximo de 300 euros.”

En una sentencia anterior, fechada el 9 de julio de 2003, el mismo Juzgado había utilizado este criterio para denegar la imposición de costas, pese a la estimación de la demanda, precisamente utilizando como fundamento para su no imposición la actuación procesal de la parte actora. En concreto, el fundamento jurídico de la sentencia concluía lo siguiente:

“En lo que se refiere a la posible aplicación del párrafo segundo del artículo 139.1 es opinión doctrinal extendida que el mismo resulta de aplicación en recursos cuya cuantía, caso de su no imposición, hace antieconómico la interposición del recurso. Entiende el Juzgador sin embargo que la aplicación en estos casos no resulta automática y que el precepto no impide al órgano jurisdiccional valorar la procedencia de la imposición de las costas, como lo demuestra el hecho de que el legislador en el artículo 139.2 establece expresamente el criterio del vencimiento (lo que no ha hecho el artículo 139.1, párrafo 2º), y entre los criterios a tener en cuenta para aplicar dicho precepto se encuentra, entre otros, la actuación procesal mantenida por las partes, y

(23) Si bien coincido en el resto de aspectos con la argumentación ofrecida, permítase a quien suscribe discrepar humildemente en este aserto concreto. El artículo 139.1, párrafo segundo, no contiene expresión alguna que, directa o implícitamente, haga referencia a la actuación procesal de las partes ni autorice al Tribunal a valoración alguna de la misma. Lo único que se debe ponderar, en casos de estimación de la demanda, es si la no imposición hace perder su finalidad al recurso, sin que esta expresión haga referencia alguna a la actuación de las partes en el proceso, por muy infeliz que ésta pueda haber sido. A esta interpretación que sostenemos contribuye poderosamente el uso de la expresión “no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior”, con el que se inicia el precepto en cuestión.

ya hemos reseñado anteriormente que la cita por parte del actor del artículo 62.1 en su escrito de demanda permite al Juzgador la apreciación de una causa concreta de nulidad de pleno derecho de la resolución sancionadora, pero su falta de desarrollo a lo largo de la demanda y en la fase inicial de la vista impide, en el presente caso, la condena en costas de la parte demandada solicitada.”

### c) Costas en el proceso ejecutivo

Que la Administración se ha fabricado un proceso ejecutivo a su medida es indudable, pues, si comparamos la ejecución regulada en la legislación procesal civil con la establecida en la LJCA, los enormes privilegios que ostenta en esta fase procedimental son absolutamente incomprensibles a principios del siglo XXI a no ser por pura inercia legislativa en la regulación sobre la materia, como ocurre en tantas otras ocasiones. Por de pronto, los veinte días de gracia que otorga el artículo 548 de la LEC para el cumplimiento de la sentencia se “transforman” en el proceso contencioso en dos meses e, incomprensiblemente a tres en los casos de condena al pago de cantidad líquida<sup>24</sup> (artículos 104.2 y 105.1 de la LJCA), privilegio que hoy en día, a mi humilde entender, no tiene el más mínimo sentido. Mas, por si fuera poco, a ello se añade otro privilegio más, éste *de facto*, que no *de iure*. Si el litigante vencido en un proceso civil no cumple voluntariamente lo dispuesto en la sentencia en dicho plazo de veinte días, puede encontrarse con una demanda ejecutiva que conlleva el inmediato despacho de la ejecución, lo que conlleva igualmente que deba incrementarse lo debido con los intereses y las costas del proceso ejecutivo, costas que ya hemos indicado no precisan de imposición expresa al ser automáticas ¿Qué ocurre, por el contrario, cuando la Administración, transcurrido ese desproporcionado plazo de cumplimiento voluntario que se ha autoconcedido, no sólo no ha ejecutado la sentencia, sino que ni tan siquiera ha realizado actuación alguna encaminada a tal fin? Ciñéndonos al tema objeto de nuestro estudio, es decir, a los efectos económicos del proceso, es decir, a la imposición de costas, se resume en una sola palabra: NADA.

¿Por qué? Pues lisa y llanamente porque, si, como hemos dicho anteriormente, en el proceso civil la imposición de las costas en el proceso ejecutivo es automática, no ocurre lo mismo en el procedimiento contencioso-administrativo, o al menos ésa es la interpretación que han seguido los órganos judiciales. En este sentido, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Gijón de fecha 11 de mayo de 2005 (aunque es doctrina extendida entre casi todos los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo) con cita expresa de la obra *Práctica Procesal Contencioso-Administrativa*, de los Magistrados del Tribunal Supremo Pascual Sala, Juan Antonio Xiol y Rafael Fernández, vincula las costas del proceso ejecutivo a la concurrencia de la mala fe o temeridad del artículo 139.1<sup>25</sup> para concluir que:

(24) La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1888 establecía el plazo de un mes para la ejecución de las sentencias, plazo que la Ley Maura de 1904 elevó a dos meses en todo caso.

(25) No se hace referencia en dicho Auto al párrafo segundo del artículo citado (139.1 LJ), y ello que en pocos casos como éste la no imposición de las costas puede hacer perder la finalidad al recurso, toda vez que la inactividad de la Administración al no ejecutar voluntariamente una sentencia judicial obliga al particular a acudir al proceso ejecutivo, que se minuta en partida independiente del proceso principal.

“Por tanto, la falta de cumplimiento de la sentencia en el plazo legalmente establecido no conlleva automáticamente el despacho de ejecución (ni en consecuencia una aplicación automática del criterio de vencimiento de las costas, según la LEC) sino que faculta para poder plantear un incidente de ejecución cuyo procedimiento se regula en el artículo 109 antes citado.

(...) El hecho de que el actor se haya visto obligado a instar la ejecución de la sentencia no supone atribuir automáticamente a la Administración una actuación temeraria o contraria a la mala fe, sino que ha de analizarse cuál ha sido su actuación durante el trámite de la ejecución.”

Si bien la primera de las cuestiones puede no estar clara tanto por la nefasta y sinuosa regulación de la Ley<sup>26</sup> como por la división de opiniones interpretativas en función de las fuentes doctrinales que se manejen (en concreto, quien esto escribe, en el recurso de súplica que dio origen al auto citado<sup>27</sup>, para sostener el despacho automático de la ejecución y el devengo de las costas del proceso ejecutivo se amparaba expresamente en el *Manual de Derecho Procesal Administrativo* del profesor GONZÁLEZ PÉREZ<sup>28</sup>, del cual citaba incluso la página concreta de donde se extraía la conclusión), la doctrina contenida en el segundo de los párrafos, con todos los respetos, supone una auténtica llamada a gritos a la Administración para que dilate o demore la ejecución de los pronunciamientos judiciales hasta que no se vea requerida por el Juzgado una vez el interesado se ha visto obligado ya a presentar la demanda ejecutiva. Si, en efecto, transcurrido el desorbitado plazo de dos-tres meses la Administración no ha cumplido la sentencia, el particular presenta la oportuna demanda ejecutiva, a la Administración se le otorgan quince días para que “alegue lo que a su derecho

**LA ADMINISTRACIÓN  
UTILIZARÁ  
EL PROCEDIMIENTO  
DE APREMIO PARA LA  
EXACCIÓN  
DE SUS PROPIAS COSTAS  
EN DEFECTO DE PAGO  
VOLUNTARIO**

(26) Haciendo buena la valoración del profesor GONZÁLEZ PÉREZ en el sentido de que la Ley 29/1998 ha resultado un texto “denso, amazotado, oscuro”.

(27) He de confesar que la única razón que motivó el recurso de súplica era conocer la doctrina o la jurisprudencia utilizada por el Magistrado para fundamentar su criterio.

(28) Por cierto, es curioso que en la polémica doctrinal antedicha, los más proclives a aumentar los ya inmensos privilegios de la Administración con tal criterio interpretativo sean precisamente los Magistrados del Tribunal Supremo. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, amen de su indiscutible autoridad doctrinal como catedrático de Derecho Administrativo, es abogado en ejercicio y fue coautor junto con Manuel BALLBÉ PRUNÉ de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, directa inspiradora de la actual, por lo que su interpretación de dicho texto, si no auténtica, ciertamente se le parece mucho. Y es que este autor, en sus ya citados Comentarios dice textualmente al glosar el artículo 106 que “Se seguirá el procedimiento regulado en los artículos 549 a 676 LEC, con los límites impuestos por la inembargabilidad de ciertos bienes”, si bien en nota al pie advierte que en la práctica será poco menos que imposible seguir los pasos de ejecución regulados en la LEC. No obstante, y a lo que interesa, dicho autor remite directamente a la LEC, y no al artículo 109 LJ, que está ideado para cuestiones incidentales dentro del proceso ejecutivo y no para el proceso ejecutivo mismo (Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios*, vol. II, págs. 2046 y 2069).

convenga” y en ese plazo de quince días el ente público requerido se limita, en el mejor de los casos, a presentar un escrito manifestando su “disposición al cumplimiento” ¿En qué posición quedan los derechos del particular? Si el transcurso del plazo no supone una imposición automática de las costas y ha de estarse a lo dispuesto al artículo 139.1, cuya efectividad práctica ya hemos visto anteriormente a donde nos lleva y qué podemos esperar de su aplicación real, el particular que haya visto estimada su pretensión ya puede ir preparándose a vaciar su bolsillo, pues no sólo habrá de satisfacer los honorarios de sus defensores por un procedimiento declarativo estimatorio de sus pretensiones, sino que se aumentarán con los honorarios de la fase ejecutiva, sin que a la Administración le haya costado absolutamente nada tamaña dilación. ¿Puede sostenerse realmente ante dichos comportamientos que estamos en un Estado de Derecho que propugna como valores superiores la “igualdad, la justicia...” ante una vulneración tan flagrante e injustificada del artículo 14 de la Constitución? Se me responderá que indudablemente exagero<sup>29</sup>, puesto que al particular en todo caso se le han reconocido sus derechos en una sentencia y que la misma, aunque tarde, se ha cumplido. Sí, pero a qué precio, pues un sencillísimo análisis de costes demostraría sin la menor duda que el ejercicio de ese derecho le ha resultado antieconómico, lo cual pugna directamente con el artículo 24 de la Constitución y con la propia filosofía del texto jurisdiccional.

#### **d) Tasación y exacción de las costas**

En este aspecto, la remisión a la normativa procesal civil es absoluta. De hecho, el artículo 139.6 de la LJCA establece que “Las costas causadas en los autos serán reguladas y tasadas según lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Es decir, que se remite a todos los efectos a los artículos 241 a 246 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en materia de tasación, incidentes de impugnación por excesivas e indebidas, y resolución final de dichos incidentes mediante Auto).

Nuevamente nos encontramos con otro privilegio de la Administración que igualmente demuestra hasta qué punto la situación es draconiana para el particular. Según el artículo 139.4 de la LJCA, la Administración utilizará el procedimiento de apremio para la exacción de sus propias costas en defecto de pago voluntario. ¿Consecuencias? Por implícita remisión a la legislación recaudatoria contenida en la Ley 58/2003 General Tributaria y su desarrollo reglamentario, en caso de impago en período voluntario la Administración repercutirá el correspondiente recargo ejecutivo del 20% sobre el principal (salvo casos de regularización voluntaria previstos en el artículo 28 de la LGT que determinarán, en todo caso, un recargo mínimo de entre el 5 y el 15%, dependiendo del momento en que se regularice dicha situación).

(29) A quien piense que, efectivamente, exagero con la referencia al Estado de Derecho, le recomiendo la lectura del interesante artículo debido a Fernando HERRERO TEJEDOR, “El Estado de Derecho en las Leyes Fundamentales Españolas”, publicado en el número monográfico de la Revista de Estudios Políticos publicado en 1967 con motivo de la promulgación de la Ley Orgánica del Estado. El acceso a este artículo se ha facilitado notoriamente con la edición en DVD-Rom de todos los números de la Revista de Estudios Políticos desde su fundación en el año 1941 hasta el año 2004.

El plazo que tiene la Administración para el abono de las costas es de veinte días y no de tres meses. Así lo ha indicado de manera clara el Auto del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2003 (CENDOJ 28079130012003202676) que trata precisamente sobre el alcance del artículo 106.3 de la LJCA (el Auto, en una evidente errata habla de LRJAP, aunque es claro, notorio y manifiesto que está haciendo referencia a la LJCA) en relación con la ejecución de las costas procesales, fundamenta su doctrina de la siguiente manera:

“Primero.— Alega la representación procesal del Ayuntamiento de Galapagar que conforme a lo dispuesto por el artículo 106.3 de la LRJCA dispone de tres meses para efectuar el pago de la cantidad líquida resultante del Auto de 27 de febrero de 2003, por el que se aprobó la tasación de costas practicada en fecha 25 de noviembre de 2002.

Segundo.— El artículo 106 de la LRJCA está encuadrado en su Capítulo IV, Título IV, dedicado a la ‘ejecución de sentencias’, por lo que la moratoria de tres meses establecida en el número 3 del citado artículo para que la Administración pague la cantidad líquida a la que fue condenada y para que se pueda pedir la ejecución forzosa va referida únicamente a los supuestos en los que la condena al pago de la cantidad líquida sea establecida en sentencia, como se desprende además del tenor literal del citado precepto, que establece: ‘3. No obstante lo dispuesto en el artículo 104.2, transcurridos tres meses desde que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla, se podrá instar la ejecución forzosa (...)’.

De lo expuesto cabe concluir que la preceptuado por el artículo 106.3 de la LRJCA no es de aplicación cuando se trata de la exacción de las costas impuestas a la Administración, por lo que el recurso de súplica debe ser desestimado.”

La doctrina no puede ser más clara, pues la pretensión de la Administración recurrente era precisamente la de sostener que el plazo para ejecutar el auto de tasación era de tres meses, mientras que el Alto Tribunal entendió que tal plazo hace referencia únicamente a ejecución de sentencia, y no al auto de tasación de costas. No obstante, existen órganos jurisdiccionales que han entendido que en estos casos la Administración tiene tres meses, y no veinte días para hacer efectivo el importe de las costas, por lo cual, hasta que transcurra dicho plazo, el particular no puede solicitar la ejecución del auto de tasación. Así, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Gijón, pese a que comenzó adoptando el criterio sostenido actualmente por el Tribunal Supremo (en concreto, y mediante Providencia de 1 de julio de 2004 despacha la ejecución solicitada transcurrido un mes desde la firmeza del auto de tasación de costas), posteriormente ha rectificado su doctrina inicial exigiendo el transcurso del plazo de tres meses desde la firmeza de dicho auto de tasación<sup>30</sup>. En concreto, transcribimos a continuación el Auto del Juzgado de lo

(30) Baste un sencillo ejemplo real para ver las consecuencias que dicha interpretación arroja para el ciudadano. Tenemos una Sentencia dictada el 27 de diciembre de 2004 (que, pese a ser firme porque contra ella no cabe recurso alguno, dilata su firmeza hasta el 11 de febrero de 2005 en que la misma es declarada mediante Providencia); la Administración, pese a no oponerse a la minuta que le fue remitida manifiesta la necesidad de disponer del auto de tasación de costas, que se aprueba el 12 de abril de 2005 (igualmente firme porque contra el mismo no cabe recurso alguno, pero que, al igual que ocurrió con la sentencia, demora su firmeza hasta su declaración mediante providencia de 9 de junio de 2005, es decir, dos meses después de su aprobación). Si se deben esperar tres meses desde la firmeza del auto de tasación, teniendo en cuenta que agosto es un mes inhábil, nos colocamos en octubre de 2005, es decir, casi diez meses después de la sentencia. Si añadimos que, en caso de incumplimiento, como ya hemos expuesto, el mero transcurso del plazo no conlleva la imposición automática de las costas ¿En qué posición quedan los derechos particulares?

Contencioso-Administrativo número Uno de Gijón de fecha 14 de septiembre de 2004 (reconozco que, pese a la discrepancia jurídica, es de reconocer y agradecer el exhaustivo esfuerzo de motivación realizado por el juzgador para justificar su criterio, algo que, por desgracia, otros órganos no suelen realizar como debieran) para que el lector lo contraste con el Auto del Tribunal Supremo antecitado y tenga una opinión global sobre la materia, optando libérrimamente por la opción que crea más acertada.

“Pues bien, tasadas las costas e instándose ahora el despacho de ejecución por el importe de las mismas, entiende el Juzgador que nos encontramos ante una materia de ejecución frente a la Administración de una cantidad líquida respecto a la cual el artículo 106 de la LJCA contiene una normativa especial al decir en su apartado 3 que no obstante lo dispuesto en el artículo 104.2, transcurridos tres meses desde que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla, se podrá instar la ejecución forzosa.

Ciertamente el auto que aprueba la tasación de costas no es una sentencia, pero sí una resolución judicial firme que concreta el importe de las costas a las que había sido condenada la Administración en la resolución que puso fin al presente procedimiento.

La ejecución es un concepto distinto al de regulación y tasación de costas, como lo evidencia el hecho de que la tasación de cotas aparece regulada en los artículos 241 y siguientes de la LEC, mientras que el despacho de ejecución se regula en los artículos 548 y siguientes de la LEC, y por otra parte concurren en la ejecución del auto que aprueba la tasación de costas las mismas razones por las que el artículo 106 de la LJCA confiere a la Administración la prerrogativa de una moratoria de tres meses en orden a instar la ejecución forzosa de una sentencia que condene a la Administración al pago de una cantidad líquida.

Así lo entienden Pascual SALA, Juan Antonio XIOL y Rafael FERNÁNDEZ en su libro *Práctica Procesal Contencioso-Administrativa* (Tomo X, págs. 423-424): ‘en el supuesto de que la condenada en costas sea la Administración, dado que contra ella no puede seguirse –salvo respecto de determinados bienes patrimoniales– la vía de apremio que prescribe el artículo 421 de la LEC –la edición es de 1999– la vía procedente será la propia de las sentencias que condenan al pago de obligaciones pecuniarias a la Administración’, razones estas por las que procede denegar en este momento procesal el despacho de ejecución instado hasta en tanto transcurra el plazo de tres meses a que se refiere el artículo 106.3 de la LJCA.”

El mismo órgano jurisdiccional, mediante Providencia de 27 de junio de 2005 reitera la exigencia de los tres meses aunque, dicho sea con el mayor de los respetos, el criterio utilizado para ello (anteponer la opinión emitida a título particular por tres magistrados del Supremo<sup>31</sup> a un Auto del Alto Tribunal al considerar que éste por sí solo no forma ju-

(31) La edición de la obra citada que maneja el Magistrado es de 1999. En el momento en que se escriben estas líneas, se anuncia por la editorial una segunda edición de la obra, que suponemos estará adecuada tanto a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil como a la Ley Orgánica 19/2003 y a la jurisprudencia recaída en este tiempo. Habrá que ver si, a tenor del pronunciamiento del Alto Tribunal, los Magistrados siguen sosteniendo su opinión o, por el contrario, se harán eco del criterio jurisprudencial del Supremo y rectificarán su postura inicial.

risprudencia) personalmente no me parece un argumento de peso para fundamentar la resolución. Las opiniones expresadas a título particular por Magistrados tienen lógicamente un valor intrínseco notable por venir de quien provienen, pero no dejan de ser eso, opiniones particulares, que en absoluto son comparables a las emitidas por esos mismos profesionales en las resoluciones judiciales.

### III. CONCLUSIÓN: NECESIDAD DE LA REFORMA EN MATERIA DE COSTAS

El tema de las costas en el contencioso-administrativo necesita de un urgente replanteamiento sobre las bases ya indicadas. No es de recibo que el vencedor de un proceso contencioso-administrativo vea dilatada la efectividad de la resolución y se le fuerce a un largo peregrinaje y que a la Administración le salga absolutamente gratis la broma. Por ello, y dado que la nueva legislación, salvo en el caso de segunda o ulteriores instancias ha mantenido el criterio de la mala fe procesal, es decir, se ha limitado a recoger la deficiente regulación en la materia, es necesario que el legislador de una vez por todas afronte el tema con valentía.

Personalmente, creo que, dada la práctica jurisprudencial y el estado de cosas, la opción más garantista para el ciudadano, sería suprimir el primer párrafo del artículo 139.1 de la actual LJCA y establecer como criterio general el segundo, es decir, la imposición de costas al litigante vencido siempre y cuando la no imposición hiciese perder su finalidad al recurso<sup>32</sup>. Lo contrario, es decir, mantener el criterio subjetivo de la temeridad y mala fe, implicaría perpetuar la situación tan denunciada desde hace años por los especialistas en la materia.

Decía don José ORTEGA Y GASSET en su artículo “La hora de Hércules”, publicado en el madrileño diario *El Sol* el día 20 de febrero de 1920 que “Todo hombre democrático, es decir, todo hombre que respete la idea del derecho, debe preferir ver

**LA OPCIÓN MÁS  
GARANTISTA PARA  
EL CIUDADANO SERÍA  
IMPONER LAS COSTAS  
AL LITIGANTE VENCIDO  
SIEMPRE Y CUANDO  
LA NO IMPOSICIÓN  
DE LAS MISMAS HICIESE  
PERDER AL RECURSO  
SU FINALIDAD**

(32) José BORREGO LÓPEZ abogaba en 1992 por una reforma integral en materia de costas sobre la base de los siguientes criterios: “establecimiento con carácter general y unificador del principio del vencimiento objetivo, tanto en la instancia como en los grados sucesivos, de tal forma que se impongan a las partes cuyas pretensiones hubiesen sido totalmente rechazadas, si bien posibilitando excluir su rigurosa aplicación en circunstancias excepcionales, es decir, muy singulares que justifiquen su no imposición y que deberá ser razonado debidamente (...) y haciendo posible, de este modo, que se de entrada en casos muy concretos a otros criterios de imposición y que solo de modo casuístico podrían preverse (...)”, *op. cit.*, pág. 316. La opción que defendemos en nuestro trabajo en el sentido de establecer como criterio básico general lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 139.1 de la LJCA estimo que acoge íntegramente las pretensiones sostenidas por dicho autor.

suspendida la legalidad a verla burlada y escarnecida<sup>33</sup>". Aunque ORTEGA, como en tantas otras ocasiones quizá haya ido demasiado lejos y se dejara llevar un tanto por su vehemencia y egolatría, y aunque la conclusión final de dicho artículo dista mucho de ser la que se defiende en estos párrafos, no deja de tener razón tan ilustre pensador, pues nada hay más desalentador ni que más desacredite a un Estado de Derecho que ver la legalidad pisoteada, o, más aun, mantener una ley vigente y sostener su eficacia y aplicabilidad pero vaciada totalmente de contenido.

Es evidente, para quien haya tenido la amabilidad y paciencia de haber dedicado su tiempo a leer estas líneas, que en pocas ocasiones la legalidad ha sido más burlada y escarnecida que en materia de costas procesales en el ámbito contencioso-administrativo, donde se ha privado de sentido hasta tal punto a la institución que, en la práctica, y con las honorosísimas excepciones ya indicadas en los párrafos anteriores, hemos visto que el criterio general es que cada parte satisfaga sus propias costas. Quizá hubiese sido intelectualmente más honesto para el legislador procesal contencioso-administrativo eliminar toda referencia al tema de las costas procesales (como sucede, por ejemplo, en el proceso laboral) que mantener la timorata regulación existente, que conlleva una importante ruptura entre, por seguir con la metáfora orteguiana, la situación oficial (mala fe y temeridad) y la real (ausencia en práctica de todo pronunciamiento sobre el tema), máxime cuando el legislador era plenamente consciente de que la práctica jurisprudencial sobre la materia había vaciado de todo contenido el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional de 1956, que, como hemos demostrado, la legislación actual se ha limitado a mantener.

Hemos hecho un breve recorrido desgranando tanto la regulación positiva existente en materia de costas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y su plasmación en la práctica, así como la propuesta de quien suscribe. La desproporción y desigualdad de medios a favor de la Administración pública es alarmante, y si a ello sumamos los privilegios que *de facto* le otorgan los Tribunales, la situación es para echarse a temblar. Es curioso que en este aspecto no se haya planteado siquiera (como en otros ámbitos del ordenamiento jurídico) el tema de la "discriminación positiva" en beneficio del particular frente al ente público. Lo cierto es que la reforma procesal en materia de costas que todos los autores habían reclamado, se ha quedado, como en tantas otras ocasiones, en agua de borrajas. Y mucho me temo que éste sea un tema que continúe pendiente de revisión *in aeternum*.

(33) Dicho texto puede consultarse en el volumen III de las Obras Completas de José ORTEGA Y GASSET, editadas por Taurus en el año 2005.

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

**1. Introducción. 2. Principios generales. 3. Fuentes. 4. Recursos.** A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación. B) Recurso por incumplimiento y recurso por responsabilidad extracontractual. C) Responsabilidad del Estado miembro. D) Cuestiones prejudiciales. E) Medidas cautelares. **5. Mercado interior.** A) Libre circulación de mercancías. B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento. a) Libre prestación de servicios. b) Libertad de establecimiento. C) Libre circulación de trabajadores. D) Libre circulación de capitales.

**1. INTRODUCCIÓN**

La jurisprudencia del TJCE seleccionada en la presente crónica no contiene doctrina muy novedosa sobre principios generales del Derecho comunitario, fuentes, recursos y mercado interior, si bien en algunos casos introduce matices de interés en la aplicación de la jurisprudencia ya consolidada.

En este sentido, resulta de especial interés resaltar la STJCE (Sala Tercera), Comisión contra España, de 27 de octubre de 2005 (Asunto C-158/03), que 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.

## 2. PRINCIPIOS GENERALES

La Sentencia del TJCE (Sala Segunda) de 30 de junio de 2005, en el Asunto C-28/04, se pronuncia sobre el principio de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad recogido en el artículo 12 TCE, en el marco de un litigio entre Tod's SpA y Tod's France SARL, demandantes en el proceso principal, y Heyraud SA, demandada en el proceso principal, y Technisynthèse, interviniente en el proceso principal, en relación con una acción por falsificación de modelos de zapatos.

El artículo 2, apartado 7, del convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de París de 24 de julio de 1971), en su versión modificada el 28 de septiembre de 1979, reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de regular lo concerniente a las obras de artes aplicadas y a los dibujos y modelos industriales, así como lo relativo a los requisitos de protección de estas obras, dibujos y modelos.

Pues bien, para el TJCE, el artículo 12 CE, que establece el principio general de no discriminación por razón de nacionalidad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la legitimación de un autor para reclamar en un Estado miembro la protección del derecho de autor otorgada por la legislación de ese Estado se supedita a un criterio de distinción basado en el país de origen de la obra.

Por otra parte, la Sentencia TJCE (Sala Segunda) de 13 de julio de 2004, Asunto C-82/03, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, aplica el principio de cooperación con las instituciones comunitarias.

El Tribunal recuerda que según el artículo 10 CE, los Estados miembros están obligados a cooperar de buena fe en cualquier investigación efectuada por la Comisión al amparo del artículo 226 CE y a facilitar a ésta toda la información solicitada al respecto (véanse, en particular, las Sentencias de 11 de diciembre de 1985, Comisión/Grecia, 192/84, Rec. p. 3967, apartado 19, y de 6 de marzo de 2003, Comisión/Luxemburgo, C-478/01, Rec. p. I-2351, apartado 24).

Ahora bien, en el asunto de autos la República Italiana no facilitó la información solicitada, aun cuando, en repetidas ocasiones, fue requerida para que lo hiciera.

La indicación del lugar que es objeto de la denuncia figura claramente en los escritos que había dirigido la Comisión antes de dar comienzo al procedimiento administrativo previo y a las que la propia Comisión se refiere tanto en su escrito de requerimiento de 23 de octubre de 2001 como en su dictamen motivado de 18 de julio de 2002. Por lo tanto, las autoridades italianas disponían de los elementos de hecho que les permitían cumplir la solicitud de la Comisión. De acuerdo con ello, en su fallo el TJCE declara que Italia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 10 CE, al no haber cooperado lealmente con la Comisión en un asunto relativo a la salud y a la seguridad

de los trabajadores en una planta depuradora situada en el municipio de Mandello del Lario, en Lombardia.

### 3. FUENTES

En el período de referencia, aún sin grandes novedades, pueden destacarse las siguientes sentencias.

En primer lugar, la **STJCE de 24 de mayo de 2005, As. C-244/03, Francia c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea**, viene a señalar que la anulación parcial de un acto comunitario sólo es posible en la medida en que los elementos cuya anulación se solicita puedan separarse del resto del acto. Ahora bien, hay que tener en cuenta que no se cumple dicha exigencia de separabilidad si la anulación parcial de un acto modifica la esencia del mismo.

En segundo lugar, las **SSTCE de 9 de junio de 2005, As. Ac. C-211/03, C-299/03 y C-316/03 a 318/03, HLH Warenvertriebs GmbH y Orthica BV c. Bundesrepublik Deutschland**, indican que, en el marco de un procedimiento prejudicial del artículo 234 TCE, toda apreciación de los hechos del asunto es competencia del juez nacional. Por ello, el Tribunal de Justicia no será competente para pronunciarse sobre los hechos del asunto principal ni para aplicar a medidas o a situaciones nacionales las normas comunitarias que haya interpretado, pues tales cuestiones son de la exclusiva competencia de las jurisdicciones nacionales.

En tercer término, y a modo de principio general, la **STJCE de 7 de julio de 2005, As. C-418/02, Praktiker Bau-und Heimwerkermärkte AG**, dispone que el Alto Tribunal Comunitario no es competente para responder a cuestiones prejudiciales cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.

En último lugar, la **STJCE de 8 de septiembre de 2005, As. C-57/05, Comisión c. Francia**, se refiere al momento en el que ha de constatarse el incumplimiento de un Estado miembro de su obligación de adaptación al Derecho interno, manteniendo que la apreciación de tal circunstancia tendrá lugar en función de la situación normativa del Estado miembro al final del plazo señalado en el dictamen motivado, de modo que cualquier cambio acaecido con posterioridad no tendrá ningún efecto (indicación que también aparece en la **STJCE de 8 de septiembre de 2005, As. C-500/03, Comisión c. Portugal**). También recuerda el referido pronunciamiento que los Estados miembros no pueden invocar circunstancias internas ni dificultades prácticas para justificar la no adaptación de su Derecho interno al comunitario en los plazos señalados.

#### 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

Si por algo se ha caracterizado la jurisprudencia prejudicial y cautelar del Tribunal de Justicia, durante el período que comprende esta crónica, ha sido por su reiteración de tópicos y tópicos.

Es típico que, en el plano formal, el número de sentencias (sumadas las “prejudiciales” y aquellas otras relativas a medidas cautelares) no supere la cincuentena, y así ha ocurrido en esta ocasión. También es típico que el número de pronunciamientos y fallos prejudiciales de carácter interpretativo supere, en mucho, al de pronunciamientos y fallos prejudiciales de validez, como también ha sucedido ahora.

En cuanto a tópicos, el Tribunal de Justicia ha tenido la ocasión de pronunciarse en estos meses sobre temas de sobra conocidos por todos, como lo pueden ser: las causas de inadmisión prejudicial, la posibilidad –o no– de reapertura de la fase oral del proceso, la extensión y límites de la competencia del Tribunal, la eventual retroactividad de las decisiones prejudiciales, etc.

Así pues, la selección de sentencias que aquí se contiene no presenta importantes novedades, ni elementos de ruptura, con la jurisprudencia anterior.

No obstante, y a pesar de todo lo dicho, todas ellas poseen, al menos, un innegable valor pedagógico, ya que, en su virtud, tenemos la oportunidad de recordar algunas de las líneas maestras del Tribunal de Justicia en relación con la temática que aquí nos ocupa: las medidas cautelares y las cuestiones prejudiciales.

### Cuestiones prejudiciales

En lo que respecta a las cuestiones prejudiciales, el Tribunal de Justicia aborda hasta seis argumentos diferentes, algunos de ellos de indudable trascendencia, como son: a) la posibilidad de reapertura de la fase oral del procedimiento; b) la obligación, o no, por parte de los órganos jurisdiccionales de poner en marcha el mecanismo prejudicial a petición de una de las partes en el litigio principal; c) el alcance y límites de la competencia prejudicial del propio Tribunal; d) el carácter retroactivo de los pronunciamientos prejudiciales, y e) la necesidad de que los órganos competentes nacionales articulen vías de tutela de los derechos de los ciudadanos comunitarios, incluso, allí donde antes no existían. Cuestión, esta última, que pese a rebasar con mucho los estrictos límites de esta sección de la Revista, no podemos por menos que señalar.

Finalizaremos este repaso a los pronunciamientos prejudiciales, dando noticia de las dos únicas sentencias en las que se han visto interesados Administración y órganos jurisdiccionales españoles.

Pero comencemos por el primero de ellos: la solicitud de *reapertura de la fase oral del procedimiento*.

Se trata de una posibilidad procesal contemplada en el artículo 61 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, cuyo tenor literal es el que sigue: “El Tribunal, oído el Abogado General, podrá ordenar la reapertura de la fase oral del procedimiento”.

De la escueta regulación contenida en el artículo 61 se pueden extraer dos conclusiones. La primera, y más importante, que se trata de una potestad absolutamente discrecional que corresponde apreciar al Tribunal de Justicia quien, en última instancia, será el que decida acerca de su admisión o denegación. Y la segunda, que, en todo caso, debe ser previamente consultado el Abogado General, cuyo parecer –a tenor de la regulación del artículo 61– no parece tener carácter vinculante. Nada se dice, sin embargo, de las partes en el proceso.

A pesar de ello, es frecuente que las partes litigantes insistan, una y otra vez, en formular petición de reapertura de la fase oral del procedimiento. Algo difícil de entender, si, a lo ya expuesto con anterioridad, añadimos el dato irrefutable de que el Tribunal de Justicia deniega sistemáticamente tales solicitudes en la práctica totalidad de los casos. De hecho, así ocurre también en la *STJCE de 8 de septiembre de 2005, Mobistar, As. Ac. C-544/03 y C-545/03* (en adelante, Sentencia “Mobistar”) y en la *STJCE de 27 de octubre de 2005, Trapeza Tis Ellados, As. C-329/03* (en adelante, Sentencia “Trapeza”), objetos aquí de estudio.

En efecto, en la primera, el Tribunal de Justicia declara que (apdos. 22 a 25 de la Sentencia “Mobistar”):

“(…) el Gobierno neerlandés solicitó al Tribunal de Justicia que ordenara la reapertura de la fase oral del procedimiento con arreglo al artículo 61 del Reglamento de Procedimiento.

En apoyo de esta petición, dicho Gobierno alega esencialmente que el Abogado General propuso en sus conclusiones que la respuesta se basara en fundamentos distintos de los que había mencionado el órgano jurisdiccional remitente, esto es, que se basara en la Directiva 97/13, que no había sido debatida en profundidad entre todas las partes, ni en las observaciones escritas ni en las presentadas en la vista. El referido Gobierno desea formular observaciones al respecto.

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

En el presente caso, no obstante, el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, estima disponer de todos los elementos necesarios para responder a la cuestión planteada y que estos elementos han sido debatidos ante él. Por consiguiente, procede denegar la solicitud de reapertura de la fase oral del procedimiento”.

En términos parecidos despacha el Tribunal de Justicia la petición formulada por el Banco de Grecia en el segundo de los pronunciamientos prejudiciales antes citado (apdos. 8 a 10 de la Sentencia “Trapeza”):

“Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 8 de julio de 2005, el Banco de Grecia solicitó la reapertura de la fase oral.

A este respecto, debe recordarse que el Tribunal de Justicia puede ordenar la reapertura de la fase oral, conforme al artículo 61 de su Reglamento de Procedimiento, si considera que no cuenta con la suficiente información o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes (...).

El Tribunal de Justicia considera que, en el presente caso, no procede ordenar la reapertura de la fase oral. Por lo tanto, debe denegarse la solicitud presentada a tal efecto”.

Como se puede comprobar, en ambos casos y con una mínima –cuando no inexistente– motivación por parte del Tribunal de Justicia, éste rechaza, de plano, las solicitudes de reapertura de la fase oral formuladas por las partes en el procedimiento.

A nuestro juicio, estos pronunciamientos contienen un serio aviso a navegantes en el sentido de que, el Tribunal de Justicia no está dispuesto a tolerar que las peticiones de reapertura de la fase oral reguladas en el artículo 61 del Reglamento de Procedimiento se conviertan en un instrumento al servicio de eventuales maniobras dilatorias por parte de los litigantes.

## I. Derecho Comunitario

Abandonando ya esta cuestión, es turno ahora de examinar otro de los argumentos antes citados, como lo es: *la obligación, o no, de los órganos jurisdiccionales internos de activar el mecanismo prejudicial una vez que ésta ha sido solicitada por las partes en el proceso principal.*

A este respecto es necesario recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal, la iniciación del incidente prejudicial comunitario (ésta es su naturaleza procesal en la mayoría de los casos) se configura como un poder de apreciación —que no deber— en manos del juez nacional, y no de las partes.

Ahora bien, existe una excepción admitida por el Tribunal: que la decisión del órgano jurisdiccional interno no sea susceptible de recurso posterior; en tal caso, el juez nacional *debe* —y no puede— plantear la cuestión prejudicial.

Pero también, una excepción a la excepción contemplada por la Corte de Justicia en los casos donde: a) exista jurisprudencia consolidada del Tribunal en relación con la cuestión suscitada, o b) la interpretación del Derecho comunitario se imponga con tal evidencia y claridad, que haga inútil la consulta prejudicial.

Pues bien, un espléndido resumen de todo lo anterior se halla recogido en los apdos. 28 a 33 de la **STJCE de 15 de septiembre de 2005, Intermodal Transports, As. C- 495/03**, que resumimos a continuación:

“En cuanto a la cuestión prejudicial y, en relación, en primer lugar, con los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas resoluciones pueden ser objeto de un recurso judicial de Derecho interno, del artículo 234 CE, párrafo segundo, se desprende que, como han recordado el Gobierno neerlandés y la Comisión de las Comunidades Europeas, tales órganos jurisdiccionales tienen la facultad y no la obligación de plantear una cuestión prejudicial interpretativa al Tribunal de Justicia si consideran que para dictar su sentencia es necesaria una resolución sobre este extremo.

A este respecto, debe recordarse, en particular, que el objetivo de la obligación de someter una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia que establece el artículo 234 CE, párrafo tercero, para los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas resoluciones no puedan ser objeto de recurso es impedir que se consolide, en un Estado miembro cualquiera, una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas del Derecho comunitario (...).

Pues bien, este objetivo se alcanza cuando quedan sujetos a esta obligación de remisión, sin perjuicio de los límites admitidos por el Tribunal de Justicia (...), los tribunales supremos, así como cualesquiera órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial (...).

En cambio, en virtud del Tratado CE, los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas resoluciones son susceptibles de recurso jurisdiccional de Derecho interno pueden apreciar libremente la eventual necesidad de plantear una cuestión prejudicial interpretativa al Tribunal de Justicia.

(...) En relación, en segundo lugar, con los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas resoluciones no pueden ser objeto de recurso judicial de Derecho interno, debe recordarse que, a tenor de jurisprudencia reiterada, el artículo 234 CE, párrafo tercero, debe interpretarse en el sentido de que, cuando se suscita ante ellos una cuestión de Derecho comunitario, están obligados a someterla al Tribunal de Justicia, a no ser que hayan constatado que la cuestión suscitada no es pertinente o que la disposición comunitaria controvertida ya ha sido objeto de una interpretación por parte del Tribunal de Justicia o que la aplicación correcta del Derecho comunitario es tan evidente que no deja lugar a ninguna duda razonable. La existencia de tal eventualidad debe valorarse en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades concretas que presente su interpretación y del riesgo de divergencias jurisprudenciales dentro de la Comunidad.”

En cuanto al alcance y límites de la competencia prejudicial, también ha sido objeto de recordatorio por parte del propio Tribunal de Justicia en la **STJCE de 8 de septiembre de 2005, Yonemoto, As. C-40/04** (en adelante, Sentencia “Yonemoto”) y en la **STJCE de 6 de octubre de 2005, Mytravel, As. C-291/03** (en adelante, Sentencia “Mytravel”).

En la primera de ellas (Sentencia “Yonemoto”), suscitada al amparo de un proceso principal en el que se discute acerca de la correcta interpretación de una norma interna, el Tribunal de Justicia insiste —por enésima vez— en el hecho de que (apdo. 27 de la Sentencia):

“(...) en el marco de una petición de decisión prejudicial, no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la compatibilidad de las disposiciones del Derecho nacional con el Derecho comunitario.”

En la segunda (Sentencia “Mytravel”), ésta sí, relativa a la interpretación de una norma de Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia proclama que (apdo. 43 de la Sentencia):

“(...) en el marco del artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia no es competente para aplicar las normas comunitarias a un caso determinado, sino tan sólo para interpretar el Tratado y los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad (...).”

Continuando con la Sentencia “Mytravel” se aborda a su través otro tópico que, frecuentemente, forma parte de los pronunciamientos prejudiciales del Tribunal, es el de la *retroactividad, o no, de los pronunciamientos prejudiciales*. La situación de partida aparece descrita en el apdo. 15 de la Sentencia:

“Procede dilucidar si un organizador de circuitos turísticos que ha cumplimentado su declaración del IVA correspondiente a un ejercicio fiscal utilizando el método previsto en la legislación nacional que adapta el Derecho interno a la Sexta Directiva tiene derecho a recalcular su cuota del IVA aplicando una sentencia del Tribunal de Justicia, según el método que esta sentencia ha estimado conforme a dicha Directiva.”

## I. Derecho Comunitario

Pues bien, a este respecto el Tribunal de Justicia nos recuerda que (apdos. 16, 17 y 18 de la Sentencia “Mytravel”):

“(…) cuando el Tribunal de Justicia, en ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 234 CE, interpreta una norma de Derecho comunitario, precisa el significado y el alcance de ésta tal y como debe o hubiera debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor (...). No ocurre lo mismo cuando el Tribunal de Justicia, en su sentencia, limita excepcionalmente en el tiempo el alcance de dicha interpretación (...).

Una sentencia dictada con carácter prejudicial está dirigida a surtir efectos sobre las relaciones jurídicas originadas antes de que haya sido dictada. De ello se deriva, en particular, que un órgano administrativo, en el marco de sus competencias, debe aplicar una norma de Derecho comunitario interpretada en virtud de una cuestión prejudicial incluso a relaciones jurídicas originadas y constituidas antes de que se dicte la sentencia del Tribunal de Justicia que se pronuncia sobre dicha cuestión (...). Mientras no existan normas comunitarias en materia de solicitud de devolución de tributos, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado regular las condiciones en que pueden efectuarse dichas solicitudes siempre que, sin embargo, éstas respeten los principios de equivalencia y de efectividad, es decir, que no sean menos favorables que las que regulen situaciones similares basadas en normas de Derecho interno y que no hagan imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (...).

En estas circunstancias, procede responder a la primera parte de la primera cuestión que una agencia de viajes o un organizador de circuitos turísticos que ha cumplimentado su declaración del IVA correspondiente a un ejercicio fiscal utilizando el método contemplado en la legislación nacional por la que se adapta el Derecho interno a la Sexta Directiva puede recalcular su cuota del IVA según el método que el Tribunal de Justicia considera conforme con el Derecho comunitario en las condiciones previstas en su Derecho nacional, las cuales deben respetar los principios de equivalencia y de efectividad”.

En su virtud, podemos concluir que las sentencias del Tribunal de Justicia tienen (de ordinario) efecto retroactivos, salvo que (excepcionalmente) la propia sentencia establezca otra cosa.

Al margen de todo lo expuesto hasta ahora cabe situar la **STJCE de 20 de octubre de 2005, Ten Kate Holding Musselkanaal y otros, As. C-511/03** (en adelante, Sentencia “Ten Kate”).

En efecto, esta sentencia alude a una temática que, aún sobrepasando con mucho los estrechos márgenes de esta sección de la Revista, no nos resistimos a señalar. En primer lugar, por la trascendencia intrínseca de la temática tratada (el alcance y contenido del principio de tutela judicial comunitario) y, en segundo lugar, porque forma parte integrante de un pronunciamiento prejudicial. Todo lo cual nos obliga a dar cuenta de ella o, al menos, de los postulados más elementales del problema de fondo.

A modo de síntesis, baste decir aquí que el Derecho comunitario, en su constante afán por lograr una más efectiva tutela judicial de los derechos de los ciudadanos, con base en el Ordenamiento comunitario, ha llegado a forzar a los Derechos internos de los Estados —y más en concreto a sus normas procesales— a reconocer vías de recurso allí donde antes no existían. Esta “solución”, que tiene como punto de partida la Sentencia de 3 de diciembre de 1992, *Oleificio Borelli c. Comisión*, As. C-97/91, ha planteado no pocos problemas de encaje procesal interno (alteración del sistema de recursos, posibilidades de impugnación de actos administrativos de trámite, etc.) puestos de manifiesto por autores de la talla del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA entre otros y de los que no nos podemos ocupar aquí.

Pues bien, en los apdos. 22 a 30 de la citada Sentencia queda contenida la postura que, en relación con esta compleja problemática, sostiene el Tribunal de Justicia aplicada, claro está, al caso concreto:

“Mediante sus dos primeras cuestiones, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente cuál es el Derecho aplicable para determinar si un Estado miembro está obligado, para con uno de sus ciudadanos, a interponer un recurso de anulación de conformidad con el artículo 230 CE o un recurso por omisión de conformidad con el artículo 232 CE y si puede incurrir en responsabilidad por no haberlo hecho. Este órgano jurisdiccional pregunta asimismo si el Derecho comunitario impone una obligación de esa índole y puede implicar la referida responsabilidad.

Es necesario recordar que, con arreglo al artículo 5 CE, la Comunidad actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuye el Tratado CE y de los objetivos que éste le asigna.

Por otro lado, el artículo 234 CE prevé que el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del Tratado, de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el Banco Central Europeo y de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo de la Unión Europea, cuando dichos estatutos así lo prevean.

De ello se desprende que el Tribunal de Justicia no es competente para interpretar el Derecho interno de un Estado miembro (...).

Por ello, el Tribunal de Justicia no puede responder a la cuestión de si, según las normas del Derecho neerlandés, el Estado puede estar obligado para con uno de sus ciudadanos a interponer un recurso de anulación o por omisión y si puede incurrir en responsabilidad por no haberlo hecho.

(...)

Una obligación de esa índole tampoco puede deducirse, por otro lado, del artículo 10 CE, invocado por los demandados en el litigio principal en apoyo de su tesis. El principio

## I. Derecho Comunitario

expresado por dicho artículo impone a los Estados miembros y a las instituciones deberes recíprocos de cooperación leal (...), pero no puede interpretarse en el sentido de que un Estado miembro puede estar obligado, para con uno de sus ciudadanos, a interponer un recurso de anulación o por omisión.

En cambio, teniendo en cuenta los requisitos de admisibilidad de los recursos previstos por los tratados y el derecho a una protección judicial efectiva, el Tribunal de Justicia ha interpretado este principio de cooperación leal en el sentido de que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, en toda la medida de lo posible, a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto (...). Lo mismo cabe decir cuando una persona física o jurídica invoca una abstención de pronunciarse en el sentido del artículo 232 CE que estima contraria al Derecho comunitario.

Aunque el Derecho comunitario no contenga ninguna obligación, para un Estado miembro, de interponer un recurso de anulación o por omisión en beneficio de uno de sus ciudadanos, no obstante, con el fin de dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, es preciso comprobar si ese Derecho se opone a un Derecho nacional que contenga una obligación de este tipo o que prevea una eventual responsabilidad de dicho Estado por no haber actuado de esta forma.”

Como tenemos por costumbre, pone punto y final a este apartado de la crónica el análisis de aquellos fallos prejudiciales del Tribunal que interesan a la Administración o a un órgano jurisdiccional españoles. En esta ocasión, se trata de la **STJCE de 21 de julio de 2005, Xunta de Galicia, As. C-71/04** (en adelante, Sentencia “Xunta”) y la más reciente **STJCE de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, As. C-234/03** (en adelante, Sentencia “Contse”).

Prescindiendo de la temática de fondo abordada en cada una de ellas, y ciñéndonos a lo estrictamente “prejudicial”, ambos fallos pueden ser calificados de insustanciales. En efecto, ninguno de los dos añade nada a lo expuesto con anterioridad, por lo que nos limitamos aquí a dar cumplida noticia del objeto de cada uno de ellos.

En el primer caso (Sentencia “Xunta”), nos encontramos ante una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 93, apartado 3, del Tratado CE (actualmente, artículo 88 CE, apartado 3), con el fin de precisar el alcance de la obligación de notificación previa impuesta por la primera frase de esta disposición respecto a las ayudas a la construcción y transformación navales que no están incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/684/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1990, sobre ayudas a la construcción naval.

Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre la Administración del Estado y la Xunta de Galicia respecto al Decreto núm. 217/1994, de 24 de junio (*Diario Oficial de Galicia*, núm. 133, de 12 de julio de 1994, pág. 4663), mediante el cual, el Consejo

de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Galicia adoptó un régimen de ayudas a favor de la construcción y transformación navales en Galicia. La Administración del Estado solicitó la anulación de dicho Decreto, en particular, por haber sido adoptado sin cumplir la obligación de notificación previa impuesta por el artículo 93, apartado 3, del Tratado.

Un régimen de ayudas a la construcción y transformación naval como el establecido por el Decreto núm. 217/1994, de 23 de junio, que no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/684/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1990, sobre ayudas a la construcción naval, debe notificarse previamente a la Comisión de las Comunidades Europeas, con arreglo al artículo 93, apartado 3, del Tratado (actualmente, artículo 88 CE, apartado 3), cuando conste que dicho régimen puede por sí solo generar la concesión de ayudas de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado (actualmente, artículo 87 CE, apartado 1, tras su modificación). En caso de incumplimiento de aquella disposición, incumbe al órgano jurisdiccional nacional deducir de ello todas las consecuencias, conforme a su Derecho nacional, tanto en lo que atañe a la validez de los actos que implican la ejecución de las medidas de ayuda, como a la devolución de las ayudas económicas concedidas contraviniendo esta disposición.

En lo que concierne a la segunda de las sentencias mencionadas (Sentencia “Contse”), la petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 12, 43 y siguientes y 49 y siguientes CE, así como del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre Contse, SA, Vivisol, SRL, y Oxigen Salud, SA (las tres empresas forman una unión temporal de empresas que posee instalaciones de producción de oxígeno en Italia y en Bélgica), por un lado, y el Instituto Nacional de la Salud, por otro. Las citadas demandantes presentaron, en primer lugar, un recurso en relación con dos concursos públicos convocados por este último para la prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida en el ámbito de las provincias de Cáceres y de Badajoz y, a continuación, recurrieron la resolución de la Presidencia Ejecutiva del Insalud, de 10 de julio de 2000, por la que se desestimó el recurso interpuesto contra dichos concursos.

### Medidas cautelares

En lo que concierne a las medidas cautelares, ninguna de las sentencias estudiadas hace alusión (directa o indirectamente) a esta importante temática, por lo que, desafortunadamente, nada podemos añadir a lo ya comentado en anteriores números de esta publicación.

### 5. MERCADO INTERIOR

#### A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (del 15 de septiembre al 3 de noviembre de 2005) no se ha dictado ninguna Sentencia por parte del Tribunal en esta materia.

#### B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

##### a) Libre prestación de servicios

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

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

En el período analizado (15 de septiembre a 3 de noviembre de 2005) se ha dictado una sola Sentencia. Es la **STJCE (Sala Sexta) Comisión Contra Reino Unido, de 20 de octubre de 2005 (As. C-505/04)**<sup>1</sup>, relativa al reconocimiento mutuo de diplomas en el ámbito de Gibraltar. Se trata de una sentencia muy breve, que únicamente constata el incumplimiento británico al no haber adoptado, en lo que respecta a Gibraltar, ninguna de las disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas necesarias para la transposición de la Directiva 2001/19/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2001, por la que se

(1) En la fecha de cierre de esta crónica de Jurisprudencia comunitaria (3 de noviembre de 2005), las únicas traducciones de esta sentencia estaban disponibles en lenguas francesa e inglesa.

modificaron las Directivas 89/48/CEE y 92/51/CEE del Consejo relativas al sistema general de reconocimiento de calificaciones profesionales, así como las Directivas 77/452/CEE, 77/453/CEE, 78/686/CEE, 78/687/CEE, 78/1026/CEE, 78/1027/CEE, 80/154/CEE, 80/155/CEE, 85/384/CEE, 85/432/CEE, 85/433/CEE y 93/16/CEE del Consejo relativas a las siguientes profesiones: enfermero responsable de cuidados generales, dentista, veterinario, comadrona, arquitecto, farmacéutico y de médico.

### 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 (15 de septiembre a 3 de noviembre 2005), y tras unos meses de ausencia de producción de sentencias en este apartado, se han publicado dos sentencias en fecha simultánea:

La primera de ellas es la **STJCE (Sala Tercera), Comisión contra España, de 27 de octubre de 2005, As. C-158/03**, que nos resulta de especial interés por cuanto se enjuician en la misma unas licitaciones del INSALUD. Concretamente el supuesto de hecho recurrido versaba sobre la prestación de servicios de terapias respiratorias domiciliarias, unos criterios de admisión, de valoración y de desempate entre dos licitadores con la misma puntuación que hacen referencia al hecho de disponer, en el momento de la presentación de las ofertas, de determinadas instalaciones en territorio español o en un radio de 1.000 km de la provincia en que se haya de prestar el servicio, así como al hecho de disponer previamente de oficinas de atención al público en determinadas localidades, o al hecho de estar gestionando en ese momento el mismo servicio. El presente asunto tiene por objeto contratos públicos de servicios y no contratos de gestión de servicios calificados de concesiones. En efecto, como se ha puesto de manifiesto en la vista, la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio.

## I. Derecho Comunitario

Según una jurisprudencia reiterada, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el TCE deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 y 49 TCE: 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 (véanse las Sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92; Gebhard, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01<sup>2</sup>).

Por lo que se refiere a los criterios de valoración relativos a las instalaciones de producción, acondicionamiento y envasado de oxígeno, es evidente que pueden obstaculizar la presentación de una oferta por parte de una empresa, a menos que ésta ya disponga de instalaciones propias ubicadas en España o en el radio previsto de 1.000 km, según el caso. Según la jurisprudencia del TJCE, el principio de igualdad, del que el artículo 49 TCE constituye una expresión concreta, 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 (véanse las Sentencias de 29 de octubre de 1980, Boussac Saint-Frères, 22/80, Rec. p. 3427 y de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, C-3/88).

La sentencia 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.

En segundo lugar, la **STJCE (Sala Primera) de 27 de octubre de 2005, Comisión contra Austria, As. C-437/03**, sobre el sempiterno asunto del reconocimiento mutuo de diplomas, en este caso en materia de odontología. El Derecho enjuiciado está constituido por las Directivas 78/686/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978 (la llamada “Directiva de reconocimiento”) sobre reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos de odontólogo, que contiene medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios, en su versión modificada por la Directiva 2001/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2001, y por otro lado, la “Directiva de coordinación”, Directiva 78/687/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a las actividades de los odontólogos, en su versión modificada por la Directiva 2001/19.

(2) Sentencia comentada en el núm. 22 de esta Revista (enero de 2004), pág. 74.

El TJCE llega a la conclusión de que Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la “Directiva de reconocimiento” al permitir a los médicos especialistas en odontología, conforme a la Ley austriaca sobre los médicos 169/1998, de 10 de noviembre, seguir ejerciendo sus actividades, contraviniendo lo dispuesto en la “Directiva de reconocimiento”, al no hallarse prevista la asimilación de dichos médicos especialistas a los odontólogos, en la medida que los referidos médicos están facultados para ejercer sus actividades en las mismas condiciones que los titulares del diploma, certificado u otro título contemplado en el anexo A de dicha Directiva (odontólogos).

Además, el hecho de obligar a los médicos comprendidos dentro del ámbito de aplicación del régimen transitorio del artículo 19ter de la “Directiva de reconocimiento” a abandonar su título profesional de médico y a utilizar en su lugar el de odontólogo equivale a obligarles a definirse ante sus pacientes como dentistas y a impedirles poner de manifiesto su formación y su capacitación básicas de médicos de medicina general, lo cual redundaría en perjuicio del ejercicio de su profesión (véase, en este sentido, la Sentencia de 29 de noviembre de 2001, Comisión/Italia, C-202/99<sup>3</sup>).

Sin embargo, a juicio del Tribunal, la Comisión invoca indebidamente la jurisprudencia según la cual no incumbe a los Estados miembros crear una categoría de odontólogos que no corresponda a ninguna de las categorías establecidas por las Directivas de que se trata (Sentencia de 1 de junio de 1995, Comisión/Italia, C-40/93). Contrariamente al Estado afectado por aquella sentencia, la República de Austria, por un lado, no ha creado una nueva categoría de odontólogos, sino que se ha limitado a mantener una categoría ya existente, y, por otro lado, los médicos especialistas en odontología no constituyen una categoría de odontólogos que no se halle prevista en las “Directivas de reconocimiento y de coordinación”. Antes al contrario, el artículo 19ter de la primera de tales Directivas se refiere específicamente a los mismos.

## C) Libre circulación de trabajadores

### 1. Contenido jurídico

Mediante la **Sentencia 15 de septiembre de 2005, Comisión c. Dinamarca, As. C-464/02**, el Tribunal de Justicia ha declarado que el Reino de Dinamarca ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 39 CE, en la medida en que:

– su normativa y su práctica administrativa no autorizan a los trabajadores que residen en Dinamarca y ocupan, en otro Estado miembro, un empleo que no constituye su actividad principal a utilizar, con fines profesionales y privados, un automóvil de empresa matriculado en este otro Estado miembro donde su empresario tiene establecida la empresa, y

(3) Sentencia comentada en el núm. 15 de esta Revista (abril de 2002), pág. 53.

## I. Derecho Comunitario

– su normativa y su práctica administrativa únicamente autorizan a los trabajadores que residen en Dinamarca y ocupan un empleo en otro Estado miembro a utilizar, con fines profesionales o profesionales y privados, un automóvil de empresa matriculado en este otro Estado miembro donde su empresario tiene su domicilio social o su establecimiento principal, automóvil que ni se destina a ser utilizado esencialmente en Dinamarca con carácter permanente ni se utiliza de hecho de tal manera, a condición de que el empleo ocupado en dicha empresa constituya su actividad principal y que se abone un impuesto al efecto.

En efecto, el régimen inicial danés prohibía a los residentes en Dinamarca circular en dicho país con automóviles de empresa matriculados en el extranjero. Posteriormente, se modifica la normativa, imponiendo para la circulación con automóviles de empresa matriculados en el extranjero el obstáculo consistente en la exigencia de una autorización previa y del pago de un impuesto equivalente al pago fraccionado del importe íntegro del impuesto de matriculación.

Tanto el régimen inicial como el modificado suponen la existencia de restricciones a la libre circulación de los trabajadores. Así, en primer lugar, el régimen inicial, siempre que continúe siendo aplicable, puede disuadir, debido a la obligación de matricular en Dinamarca un automóvil de empresa puesto a disposición del trabajador por un empresario establecido en otro Estado miembro, a dicho empresario de contratar a un trabajador residente en Dinamarca para un empleo que no constituya la actividad principal de éste y, como consecuencia, obstaculizar el acceso de los residentes en Dinamarca a tales empleos. Por lo demás, y en relación con el régimen modificado, siempre que la empresa establecida en otro Estado miembro haya de soportar una carga adicional –el impuesto temporal de matriculación– sin compensación, estará disuadida de contratar a un trabajador residente en Dinamarca respecto del cual las cargas son superiores a las soportadas en relación con un trabajador que no resida en dicho Estado.

Por lo demás, el Tribunal considera que estas restricciones a la libre circulación de trabajadores nos se encuentran justificadas. Así, en primer lugar, para legitimar la aplicación del régimen inicial a los trabajadores para quienes el empleo que ocupan en la empresa establecida en otro Estado miembro no constituye su actividad principal, el Gobierno danés invoca la prevención de abusos. No obstante, el Tribunal de Justicia concluye que “privar, de entrada, a tales trabajadores de la posibilidad, ofrecida por el régimen modificado, de utilizar en Dinamarca, sin matricularlo con matrículas danesas, un automóvil de empresa matriculado en otro Estado miembro va más allá de lo que es necesario para evitar abusos”.

En segundo lugar, y en relación con el régimen modificado, el Tribunal de Justicia, declara, por un lado, que el impuesto de matriculación temporal no puede justificarse por el hecho de que pretenda impedir una erosión fiscal. Por otro lado, en cuanto a la consideración del Gobierno danés de que el régimen del impuesto de matriculación temporal está justificado por el deseo de evitar una evasión fiscal señala que no cabe basar una presunción general de evasión o de fraude fiscal sobre el hecho de que un empresario establecido en un Estado miembro distinto de Dinamarca ponga un automóvil de empresa

a disposición de un trabajador residente en Dinamarca con fines profesionales, o incluso profesionales y privados. Por tanto, tal presunción no puede justificar una medida fiscal que menoscabe el ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado.

## D) Libre circulación de capitales

### 1. Adquisición de obligaciones negociables en bolsa

La STJCE de 27 de octubre de 2005, *Trapeza tis Ellados, As. C-329/03*, tiene como objeto calificar la adquisición de determinadas obligaciones negociables en bolsa a los efectos de la Primera Directiva del Consejo de 11 de mayo de 1960. En concreto, el supuesto de hecho consiste en que durante el período comprendido entre el 28 de abril de 1981 y el 30 de julio de 1982, Artesia, con domicilio social en Bruselas, adquirió al Banco Griego de Desarrollo Industrial, cuyas acciones pertenecen al Estado griego, varias obligaciones emitidas por este banco, expresadas en moneda nacional y con un vencimiento a un año desde su emisión, que se negociaban y cotizaban en Bolsa. Y se discute si dicha operación se incluye en los “títulos negociados en Bolsa” a los que se refiere el anexo I, lista B, partida IV A, de la Primera Directiva o en cambio, se trata de “títulos normalmente negociados en el mercado monetario”, mencionados en el anexo I, lista D, partida VI, de la Primera Directiva, mercado que se halla menos regulado que la Bolsa.

El TJCE ha concluido que se trata de la “adquisición de títulos negociados en bolsa”. Ello es así porque si bien el vencimiento de los títulos puede resultar decisivo para aquellos que se hallan comprendidos dentro del ámbito de aplicación del anexo I, lista D, de la Primera Directiva y que están sujetos a restricciones con arreglo al artículo 4 de dicha Directiva, a saber las “inversiones a corto plazo en bonos del Tesoro y en otros títulos normalmente negociados en el mercado monetario”, sin embargo, no es éste el caso de los “títulos negociados en Bolsa”. A éstos únicamente se hace alusión en la lista B, partida IV A, del citado anexo, así como en las notas explicativas de la Primera Directiva. Estas últimas se refieren expresamente a la partida IV citada y prevén únicamente la naturaleza del organismo que emite las obligaciones, mencionando tanto “organismos públicos como privados”. De la misma forma, del texto del anexo I, lista B, partida IV A, de la Primera Directiva se desprende que el legislador comunitario ha pretendido definir los “títulos negociados en Bolsa” con arreglo a criterios distintos de su vencimiento (apartado 31).

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

LUIS F. MAESO SECO

FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

JUANI MORCILLO MORENO

JESÚS PUNZÓN MORALEDA

JOSÉ MARÍA MAGÁN PERALES

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

## II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS

### Sumario:

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

a) La conversión de un decreto-ley en Ley no implica la pérdida sobrevinida del objeto del recurso. B) Recurso de amparo. a) La exigencia de invocación del derecho *ex* artículo 44.1.c) LOTC debe modularse y puede estar justificada cuando no es posible conocer la violación del mismo. b) Extemporaneidad, *ex* artículo 44.2 LOTC, por utilización de recursos improcedentes que generan efectos dilatorios. c) En los recursos de amparo mixtos es necesario dirimir previamente si éste se hace contra las resoluciones administrativas o contra la Sentencia contenciosa (artículo 44 frente a artículo 43 LOTC). d) Interpretación flexible del artículo 46.1.b) LOTC: haber sido parte recurrente en el proceso judicial correspondiente. e) La inexistencia de disposición alguna en la LOTC acerca de la desaparición sobrevinida del objeto de amparo, es admitida por el TC como forma de terminación de los procesos. C) Conflictos competenciales. a) Ni la aceptación parcial del requerimiento por el Gobierno demandado ni las modificaciones normativas efectuadas extinguen necesariamente el objeto del conflicto. **3. Conflictos competenciales.** A) Seguridad pública y policías autonómicas: competencias en materia de seguridad privada. B) Ordenación de seguros privados. Alcance de la normativa básica. Supra-territorialidad. Visión expansiva de las competencias estatales a través de los efectos supraautonómicos del ejercicio de competencias autonómicas en los casos en que entra en escena el derecho comunitario. C) Subvenciones en materia de educación: educación especial. Reiteración de jurisprudencia previa.

### 1. INTRODUCCIÓN

El elenco de sentencias comentadas abarca desde la STC 140/2005, de 6 de junio, hasta la STC 229/2005, de 12 de septiembre. Destacar la STC 155/2005, de 9 de junio, que sustancia un recurso de inconstitucionalidad que en sus aspectos procesales se resuelve

un óbice procesal de supuesta pérdida sobrevenida del objeto del recurso por la conversión de un decreto-ley en ley. En relación a los conflictos competenciales se destaca la profundización de las dos tendencias actuales en el TC, por un lado, la lectura restrictiva de las competencias autonómicas a través de la extensión de las bases y una utilización horizontal de los títulos competenciales estatales y, por otro lado, la creciente flexibilidad de la exigencia de reserva legal en la determinación de las bases.

## 2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

### A) Recurso de inconstitucionalidad

#### a) La conversión de un decreto-ley en ley no implica la pérdida sobrevenida del objeto del recurso

En la **STC 155/2005, de 9 de junio**, se plantean recursos de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 14/1998, de 9 de octubre y la Ley 13/1999, de 21 de abril, de adhesión de España a diversos acuerdos del FMI. Con carácter previo se plantea, en el FJ 2º, si la conversión de la legislación de urgencia en ley significa una pérdida sobrevenida del objeto el recurso, pues la Ley haya derogado tácitamente al Real Decreto-ley. El TC reitera anterior doctrina (STC 182/1997), de tal modo que no puede eludirse la función de control ya que “la Constitución únicamente admite la legislación de urgencia bajo condiciones cuya inobservancia constituye una infracción que sólo puede repararse con una declaración de inconstitucionalidad, sin que los efectos derogatorios de la legislación sobrevenida o los convalidantes de la asunción del Decreto-ley por el Congreso de los Diputados puedan corregir un defecto que ha de concebirse como necesariamente insubsanable, pues, en otro caso, los límites del artículo 86 CE sólo serían operativos en el tiempo en que media entre el Decreto-ley y su convalidación o conversión en ley, esto es, un tiempo en el que este Tribunal nunca podrá materialmente pronunciarse”.

Las mismas razones, para el TC en el mismo FJ, descartan la desaparición sobrevenida del objeto de la impugnación del artículo 3 del Real Decreto-ley 14/1998 y del correspondiente de la Ley 13/1999. La autorización concedida por las Cortes Generales para ratificar la enmienda referida en aquel precepto no altera el hecho de que el Real Decreto-ley 14/1998 acordó una autorización idéntica, y el interés constitucional en la garantía de la sujeción del legislador de urgencia a los límites de la Constitución es asunto que en nada puede verse perjudicado por el hecho de que lo acordado acaso inconstitucionalmente en la norma impugnada se haya acordado también por cauces y procedimientos cuya constitucionalidad no se ha puesto en duda. Asimismo, en la medida en que los actores entienden que la autorización de las Cortes generales sólo puede dispensarse por la vía de los artículos 94.1 y 74.2 CE, y nunca por medio de ley formal, es claro que el hecho de que se hayan sucedido autorizaciones de igual contenido acordadas por uno y otro procedimientos no hace sino confirmar la existencia de un problema constitucional que

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

cumple resolver al TC. Sobre el fondo del asunto, más allá de los óbices procesales planteados en esta sección que comentamos destacas los **Votos particulares** de los Magistrados Rodríguez Zapata y Delgado Barrio.

### **B) Recurso de amparo**

#### **a) La exigencia de invocación del derecho ex artículo 44.1.c) LOTC debe modularse y puede estar justificada cuando no es posible conocer la violación del mismo**

En la **STC 195/2005, de 18 de julio**, Sala Primera, se estima amparo contra Resolución que contiene sanción disciplinaria y Sentencia de la Sala de lo C-A del TSJ de Andalucía. Ante el óbice procesal de falta de invocación tanto en vía administrativa como en judicial de vulneración del principio de legalidad, el TC lo justifica en este recurso de amparo mixto, al no haberse publicado en su día la Sentencia de la Sala de lo C-A del TS que declaraba nulo el precepto sancionador aplicado, pues la misma se dictó bajo la vigencia de la LRJCA de 1956 que no preveía la publicación en el correspondiente diario oficial del fallo de las resoluciones judiciales anulatorias de disposiciones generales de naturaleza reglamentaria (cosa exigible en la LJCA de 1998, en su artículo 72.2). Esta situación determina que (FJ 3º), “los ciudadanos no están obligados a soportar los efectos negativos de la falta de publicación de una sentencia que expulsa del ordenamiento una norma, sobre todo en un ámbito como el sancionador, por lo que hay que concluir que no resulta exigible a la parte recurrente el conocimiento de la declaración de nulidad del precepto sancionador aplicado por la Administración por una sentencia judicial, en la medida en que dicha declaración, que expulsa del ordenamiento jurídico una disposición general, no había gozado de ningún tipo de publicidad formal mediante su inserción en el diario oficial pertinente”.

#### **b) Extemporaneidad, ex artículo 44.2 LOTC, por utilización de recursos improcedentes que generan efectos dilatorios**

En la **STC 160/2005, de 20 de junio**, Sala Primera, se inadmite amparo por extemporáneo contra Sentencia de la Sala de lo C-A de la AN que desestimó demanda sobre impugnación de sanciones tributarias, ya que no cabía el recurso de casación, siendo éste clara e inequívocamente improcedente a la luz de la LJCA, artículo 86.2.b), siendo en consecuencia, el plazo a computar, desde la fecha de notificación de la Sentencia de la Audiencia Nacional, tal y como se establece en el FJ 4º. El TC recuerda en su FJ 2º que el hecho de que la demanda de amparo fuese admitida a trámite en su día no representa impedimento para un ulterior análisis sobre su procedibilidad, pues la admisión inicial no subsana de por sí los defectos procesales a los que pueda estar afectada, pudiéndose abordar por el TC, incluso de oficio, el examen de los presupuestos de viabilidad de la demanda de amparo en fase de sentencia para llegar, en su caso, y si tales defectos son apreciados, a la declaración de inadmisión del recurso, como ocurre en este caso.

**c) En los recursos de amparo mixtos es necesario dirimir previamente si éste se hace contra las resoluciones administrativas o contra la Sentencia contenciosa (artículo 44 frente a artículo 43 LOTC)**

En la **STC 196/2005, de 18 de julio**, Sala Primera, se deniega amparo contra Sentencia en apelación de la Sala de lo C-A del TSJ de Castilla y León. En el FJ 2º, el Tribunal se pregunta cuál es efectivamente el objeto del amparo, considerando que es un proceso insertado en la vía del artículo 44 LOTC y no por la vía del artículo 43, pues la representación procesal del recurrente se queja únicamente de vulneración del artículo 24.1 CE por la Sentencia en apelación, sin extender este reproche a la Sentencia de instancia y tampoco reprocha la vulneración a las resoluciones administrativas recaídas. Es doctrina de este Tribunal que es en la interposición de la demanda de amparo donde se fija el objeto procesal, sin que sean viables las alteraciones al respecto introducidas en ulteriores alegaciones, además de que no corresponde al TC reconstruir de oficio las demandas, suplir los razonamientos de las partes ni suscitar la eventual existencia de motivos relevantes para el amparo fuera de la vía del artículo 84 LOTC.

**d) Interpretación flexible del artículo 46.1.b) LOTC: haber sido parte recurrente en el proceso judicial correspondiente**

En la **STC 176/2005, de 4 de julio**, Sala Primera, se deniega amparo contra Sentencia de la Sala de lo Social del TS. En el FJ 2º se descarta óbice procesal por incumplimiento del artículo 46.1.b) LOTC (una sección sindical contra una entidad financiera, que es la recurrente). El TC en anterior jurisprudencia ha realizado una interpretación integradora del artículo 162.1.b) CE y el referido de la LOTC, es decir, integración entre el concepto de parte y el de interés legítimo, haciendo de éste una interpretación muy amplia y muy flexible a efectos de reconocer legitimación para recurrir (por todas: STC 221/2002). De este modo, el concepto de parte debe extenderse a quienes, sin obtenerlo del órgano judicial, han pretendido razonablemente ser parte, rechazando la falta de legitimación para recurrir en amparo de quien funda su queja de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión precisamente en que no se la ha dado ocasión para intervenir en el proceso, pues de otro modo, el TC se vería imposibilitado para analizar la queja de vulneración de un derecho fundamental de quien alegue un interés legítimo, lo que ocurrió en este caso, además de haber acudido el recurrente al planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones, invocando ante la jurisdicción ordinaria su indefensión y su derecho a haber sido parte legítima.

**e) La inexistencia de disposición alguna en la LOTC acerca de la desaparición sobrevenida del objeto de amparo, es admitida por el TC como forma de terminación de los procesos**

En la **STC 216/2005, de 12 de septiembre**, Sala Primera, se otorga amparo contra Sentencia de la Sala de lo C-A del TSJ del País Vasco. El TC recuerda su doctrina acerca de que la desaparición sobrevenida del objeto puede ser una causa de extinción del amparo aun

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

cuando no figure expresamente en el artículo 86.1 LOTC. En este caso, sin embargo, no puede admitirse por el hecho de que el TSJ haya anulado las resoluciones administrativas y otorgando el derecho del recurrente a ser repuesto en su trabajo inicial, pues sus pretensiones no quedan, a juicio del Tribunal, satisfechas, ya que no satisface íntegramente el objeto del presente proceso, cuya dimensión constitucional estriba precisamente en dilucidar si el demandante de amparo ha visto vulnerado su derecho a la libertad sindical garantizado por el artículo 28.1 CE, lo que no ha sido declarado en la jurisdicción ordinaria (FJ 2º).

### C) Conflictos competenciales

#### a) Ni la aceptación parcial del requerimiento por el Gobierno demandado ni las modificaciones normativas efectuadas extinguen necesariamente el objeto del conflicto

En la **STC 212/2005, de 21 de julio**, se plantea conflicto positivo de competencia por la Generalidad de Cataluña contra una orden ministerial de ayudas a la educación especial. Se plantean dos óbices procesales (FJ 2º) en relación a la extinción del objeto del conflicto. En el primero, relativo a la aceptación parcial del requerimiento por el Gobierno de la Nación, el TC reitera su doctrina acerca de que la aceptación parcial no afecta sustancialmente al curso del proceso cuando la Comunidad Autónoma considera no atendida o atendida de modo insuficiente su reclamación competencial, lo que ocurre en este supuesto, tal y como se manifiesta en las alegaciones de la generalidad. En el segundo, agotamiento de los efectos de la orden por limitación de los mismos a los años 1997/1998, el TC se reitera en el sentido de que “en los casos en que se producen modificaciones normativas e, incluso, derogaciones de las disposiciones objeto del conflicto y hay que huir de todo automatismo, siendo necesario atender a las circunstancias concurrentes en cada caso y, ante todo, a la pervivencia de la controversia competencial, esto es, si la disputa sobre la titularidad competencial sigue o no viva entre las partes. De otro lado, también ha dicho el TC, que si la normativa en relación con la cual se trabó el conflicto no es simplemente derogada, sino parcialmente sustituida por otra que viene a plantear en esencia los mismos problemas competenciales, la doctrina de este Tribunal avala la conclusión de la no desaparición del objeto del conflicto.

### 3. CONFLICTOS COMPETENCIALES

Tres decisiones son objeto de comentario en esta crónica, debiéndose destacarse, una vez más, el notable retraso acumulado por el Tribunal en la resolución de este tipo de controversias (entre 9 y 10 años). Las novedades contenidas en las decisiones no son especialmente significativas si bien se contribuye a determinar el contenido de algunas materias (muy singularmente la de seguridad pública en relación con la regulación de diversos aspectos de la seguridad privada en la **STC 154/2005, de 9 de junio**).

Sí debe destacarse la profundización en dos tendencias cada vez más acusadas en el seno del Tribunal. Por una parte, la lectura restrictiva de las competencias autonómicas cuando el conflicto competencial se enmarca en el desarrollo y/o ejecución de normativa comunitaria. Esta tendencia que ya ha generado una extensión del concepto de bases y una utilización habitual de títulos competenciales estatales de tipo horizontal (fundamentalmente el de ordenación general de la economía) para permitir la intermediación estatal en la ejecución del Derecho comunitario encuentra en la **STC 173/2005, de 23 de junio**, una nueva manifestación a través de la justificación de la intervención estatal como consecuencia de los efectos supraautonómicos de determinadas actividades ejecutivas de los entes regionales. De esta forma se produce el efecto, denunciado en el Voto Particular, paradójico de que a través de esta decisión se pretende territorializar actividades económicas en el mundo actual. Y todo ello en aras de la consecución de un objetivo (la unidad de mercado) que ya viene asegurado por el ejercicio de competencias estatales y comunitarias.

La segunda tendencia digna de destacar es la creciente flexibilidad de la exigencia del requisito formal (la ley) en la determinación de las bases. Particularmente clara es la **STC 212/2005, de 21 de junio**, en la que se considera cumplido el requisito formal pese a que la normativa impugnada se contiene en una Orden Ministerial que ni siquiera declara el carácter básico de la regulación.

#### **A) Seguridad pública y policías autonómicas: competencias en materia de seguridad privada**

En la **STC 154/2005, de 9 de junio**, se resuelven dos conflictos de competencias acumulados de 1995 promovidos por la Generalidad de Cataluña contra un real decreto y una orden ministerial relativos a la seguridad privada. Se cuestiona, en concreto, las actuaciones administrativas (siendo el objeto de la controversia sólo la competencia para el ejercicio de esas facultades ejecutivas) atribuidas por las citadas normas a la Administración General del Estado en relación al personal de seguridad. La Comunidad Autónoma considera lesionada su competencia en seguridad pública derivada de la creación de su propia policía y, en determinadas casos, en materia de enseñanza. Para la representación estatal las facultades reguladas se encuentran en el ámbito de sus poderes en la materia seguridad pública (artículo 149.1.29 CE).

La cuestión regulada es la de los requisitos de habilitación, formación y acreditación del personal de seguridad privada, requisitos para la obtención y pérdida de dicha habilitación, acreditación de los centros de formación y también a la prestación de servicios con armas y a la uniformidad.

El encuadramiento material de la controversia parece claro para el TC: seguridad pública por lo que recuerda su jurisprudencia en materia de seguridad pública (FJ 5º). En concreto en la **STC 33/1982** ya destacó que ésta era una actividad dirigida a la protección de personas y bienes y mantenimiento de la tranquilidad, lo que incluye un conjunto plural

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

y diversificado de actuaciones destinadas a la consecución de tal objetivo. Por ello, no se agota en la regulación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. La actividad policial sólo es una parte de la materia (STC 175/1999), pues no toda regulación sobre aspectos relevantes para la seguridad ciudadana ha de quedar necesariamente inscrita en la regulación de las funciones de las fuerzas de seguridad (véanse, también, SSTC 148/2000 y 235/2001).

Delimitada así la materia, pasa a estudiar el ámbito competencial autonómico derivado de la creación de una policía propia: comprende, además de la organización de la policía, el ejercicio dentro de su territorio de las funciones o servicios policiales no estatales. De esta forma el ámbito propio de la fuerza de seguridad es el único espacio en el que la Comunidad Autónoma puede desenvolver sus competencias en materia de policía propia (STC 235/2000).

En suma el “canon de enjuiciamiento se concreta en que en materia de ‘seguridad pública’ al Estado le corresponden todas las potestades normativas y ejecutivas, salvo las que se deriven de la creación de policías autonómicas en el marco de la Ley Orgánica a la que se refiere el artículo 149.1.29. Esta última competencia incluye una doble dimensión orgánica y funcional respecto de los correspondientes servicios policiales y también la actividad administrativa que sea inseparable por razón de inherencia o complementariedad (FJ 5º)”.

A partir de ese canon procede a enjuiciar los diversos preceptos impugnados distinguiendo dos grupos: los relativos al personal de seguridad y su habilitación y formación, por un lado, y los relativos al uso de armas y otros medios de defensa.

Declara constitucionales los preceptos que no constituyen ni actividades propiamente policiales ni actuaciones administrativas inherentes a lo policial (como obtención de habilitación como personal de seguridad privada, de un diploma de detective privado, expedición, retirada y devolución de tarjeta de identidad profesional, la regulación del uniforme, etc.) e inconstitucionales los que sí se enmarcan en tal ámbito (como la entrega a la policía autonómica del libro registro de investigaciones realizadas cuando se pierde la autorización para ejercer la labor de detective privado, si bien informando a la policía estatal o la inscripción registral de las menciones honoríficas concedidas).

Respecto a la autorización de los servicios en los que el personal de seguridad privada puede portar armas, se trata de una actividad típica y genuinamente policial por lo que debe corresponder a las autoridades autonómicas. Posición discutida en el Voto Particular a la sentencia por entender que ésta debe ser una regulación homogénea en todo el territorio nacional al amparo del artículo 149.1.26 CE.

### **B) Ordenación de seguros privados. Alcance de la normativa básica. Supraterritorialidad. Visión expansiva de las competencias estatales a través de los efectos supraautonómicos del ejercicio de competencias autonómicas en los casos en que entra en escena el Derecho comunitario**

En la STC 173/2005, de 23 de junio, se resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto (en 1996) contra determinadas disposiciones de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados. Tres cuestiones se dirimen:

el ámbito y extensión de las normas básicas estatales; el alcance de las competencias de cada ente en la cuestión y, más en concreto, la regulación estatal de un triple punto de conexión territorial para delimitar el alcance de las competencias en materia de ordenación y supervisión de los seguros.

Se cuestiona la regulación del régimen jurídico de las mutuas y cooperativas a prima fija y a prima variable, definidas en la propia ley, conteniendo una remisión al desarrollo reglamentario, con carácter básico, de la cuestión. A juicio de la Comunidad Autónoma ello supone una extralimitación competencial en la medida en que vacía de sentido la competencia de desarrollo de la regulación estatal básica sobre las mutuas de seguros que corresponde al ente autonómico recurrente. A juicio del Abogado del Estado la regulación impugnada no hace sino reproducir una ley estatal previa cuya constitucionalidad fue confirmada por la STC 86/1989, de 11 de mayo.

El Tribunal comienza su argumentación recordando su jurisprudencia relativa a la determinación del concepto de lo básico en el ámbito de las controversias competenciales. Así, centrándose en el elemento formal recuerda la preferencia de la ley como instrumento de determinación de lo básico de modo que la intervención de normas reglamentarias sólo es aceptable en cuanto sean “complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases” (por ejemplo, STC 194/2004). Igualmente ha admitido el Tribunal la remisión legislativa al Reglamento para la determinación de las bases, en cuanto que una remisión en abstracto al Reglamento no supone, en sí misma, una vulneración de las competencias autonómicas. Remisión que, sin embargo, encuentra como límite infranqueable la predeterminación legal del alcance de lo básico. El precepto legal impugnado, a juicio del TC, satisface plenamente tales requisitos. Por otra parte, la remisión al Reglamento no supone la inmediata calificación de la regulación reglamentaria como básica. En fin, por todo ello, se rechaza la impugnación de los preceptos cuestionados.

Una segunda controversia competencial se centra en la impugnación de la exigencia de ser titulares de una autorización válida en todo el espacio económico europeo para que las mutualidades de previsión social puedan proceder a la ampliación de prestaciones. Autorización que corresponde al Ministerio de Hacienda, vaciándose así la competencia autonómica exclusiva sobre mutualidades no integradas en el sistema de Seguridad Social (artículo 9.2.1 EAC). Para el Abogado del Estado se trata de una opción legislativa razonable en virtud de estrictas consideraciones económico-financieras.

El TC procede a diferenciar la autorización para operar en el espacio económico europeo y la autorización para ampliar prestaciones puesto que el otorgamiento de la primera no exime de la solicitud de la segunda. Además desde el punto de vista competencial la previsión impugnada no supone una reserva competencial a favor de la Administración estatal. Simplemente la autorización prevista es sólo un presupuesto para la autorización administrativa de ampliación de prestaciones, cuyo otorgamiento corresponde a la Comunidad Autónoma.

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

Debe enmarcarse la resolución del caso en el alcance de la competencia exclusiva autonómica sobre mutualismo no integrado en el sistema de Seguridad Social definido en la STC 86/1989. En tal sentido se sostenía entonces que la exclusividad competencial tenía la máxima proyección en los aspectos estructurales y funcionales, debiendo matizarse en los operativos sobre los que inciden las normas básicas estatales dictadas en virtud de la competencia para la ordenación de la actividad aseguradora (artículo 149.1.11 CE). En tal sentido la intervención preceptiva del Estado en el procedimiento de autorización encaja dentro del ámbito de lo básico en la materia de ordenación de seguros. Y ello porque los límites a las prestaciones de las mutualidades de previsión social se pueden asimilar, desde el punto de vista funcional, a la autorización de una nueva entidad aseguradora que sin duda pertenece a los poderes centrales, no mereciendo tampoco reproche la concreta modalidad elegida por el Estado para llevar a cabo la autorización.

Un tercer objeto de discusión es la regulación de un triple punto de conexión territorial para delimitar el alcance de las competencias en materia de ordenación y supervisión de los seguros, así como la atribución a la Administración estatal de la competencia para otorgar (y revocar) la autorización para el ejercicio de la actividad aseguradora.

Para responder a esta cuestión debe tenerse en cuenta la jurisprudencia anterior: en torno a tres ejes las SSTC 86/1989, 330/1994, en materia de ordenación de seguros; las SSTC 329/1993 y 235/1999, respecto a extraterritorialidad; las SSTC 128/1999, 208/1999 y otras, respecto a la incidencia del Derecho comunitario en los procesos constitucionales.

Tras realizar un breve análisis del Derecho comunitario en la materia para enmarcar el conflicto, el TC examina si la regulación estatal se acomoda correctamente con la doctrina constitucional relativa a los criterios a aplicar en los casos de eficacia extraterritorial del ejercicio de competencias autonómicas. En tal sentido recuerda que la regulación estatal no puede ser obstáculo para que las entidades aseguradoras realicen fuera del territorio autonómico actividades instrumentales y ajenas a las típicamente aseguradoras. A su juicio la intervención estatal impugnada no produce tal efecto por lo que tampoco cabe achacar por este motivo inconstitucionalidad alguna. En este punto se produce la discrepancia de dos de los magistrados pues entienden que el establecimiento de esos puntos de conexión territorial para que la competencia pueda ser ejercida por los entes territoriales supone mantener una excepción no justificada a la doctrina constitucional sobre la eficacia extraterritorial del ejercicio de competencias autonómicas. Lo que supone dejar el ejercicio de los poderes regionales en actuaciones de segundo orden en el espacio económico. Voto Particular que se sitúa, expresamente, en la línea del realizado por tres magistrados a la STC 330/1994 y que denuncia que el uso de la extraterritorialidad como principio de delimitación de competencias, más allá de los casos expresamente previstos en el bloque de la constitucionalidad, puede conducir a una “recentralización” de diversas materias, especialmente, las de índole económica. Tratar de territorializar, concluyen, actividades económicas en el mundo actual, especialmente en la Unión Europea, resulta “lisa y llanamente una labor imposible e inútil”. La unidad de mercado pretendidamente perseguida con esta decisión viene ya asegurada por las competencias económicas reservadas al poder central (y muchas transferidas a la Unión Europea) y sobre todo por una serie de principios constitucionalizados (especialmente, el artículo 139.2 CE) y comunitarizados (artículos 39 y ss. TCE).

**C) Subvenciones en materia de educación: educación especial. Reiteración de jurisprudencia previa**

En la STC 212/2005, de 21 de junio, se resuelve un conflicto positivo de competencia promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra una Orden del Ministerio de Educación (de 1996) por la que se conceden ayudas de educación especial por considerarla lesiva de sus competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia educativa, así como en asistencia social. El supuesto planteado y la doctrina aplicada por el TC es prácticamente idéntico al resuelto en la STC 188/2001 (véase el extenso comentario de esta decisión en *Justicia Administrativa*, núm. 14).

Para la representación estatal, por el contrario, la regulación impugnada habría sido legítimamente dictada al amparo de las competencias centrales de garantía de las condiciones básicas de igualdad y de regulación básica en materia de educación (artículo 149.1.1 y 30 CE).

La incardinación del conflicto en la materia de “educación” no resulta conflictiva. Sí lo es la influencia que pueda tener en este punto la alegación de la garantía de la materia “asistencia social” por la Comunidad Autónoma y la de garantía de las condiciones básicas de igualdad por los poderes centrales. Para resolver el problema, el TC recurre a un criterio habitual: la finalidad de la norma atributiva de competencias en relación con los preceptos impugnados y la prevalencia de la competencia genérica sobre la específica.

Comienza el TC recordando que la regulación de la enseñanza ha incidido en la necesidad de que exista un sistema de ayudas o subsidios que garanticen el acceso a ella, lo que no constituye más que una forma de realización de los principios de Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1); garantía de la igualdad real y efectiva (artículo 9.2) y garantía de la dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1). Por ello, puede rechazarse la incardinación de la norma en la materia asistencia social y su inclusión dentro de la materia educativa, a pesar de tener una cierta dimensión asistencial.

Para resolver la alegación de la garantía de las condiciones básicas de igualdad de los ciudadanos el TC acude a su jurisprudencia anterior y en concreto a la STC 188/2001 donde se enjuiciaron ya cuestiones similares. En aquella decisión ya se sostuvo que las becas y ayudas no se deben encuadrar principalmente en el artículo 149.1.1, sino en el artículo 149.1.30. De tal jurisprudencia recuerda dos aspectos: que el precepto constitucional alegado no atribuye competencias ejecutivas pues se encuentra constreñido al ámbito normativo y que tampoco puede cubrir la regulación material pues la garantía de igualdad ya viene asegurada en los elementos generales conformadores del derecho a obtener la beca o ayuda regulados en la propia Ley Orgánica reguladora de la cuestión.

En fin, aplicando el segundo de los criterios apuntados, la mayor especificidad del título competencial relativo a enseñanza aconseja también encuadrar el conflicto en este último título y no en el de garantía de las condiciones básicas de igualdad.

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

Encuadrado competencialmente el conflicto en la materia compartida de enseñanza, procede el TC a determinar si se ha producido invasión competencial teniendo en cuenta que el objeto de la regulación es una forma de subvenciones públicas sobre las que existe ya una consolidada jurisprudencia a partir de la muy conocida STC 13/1992, desarrollados en materia educativa por la recién citada 188/2001, y que procede a reiterar: inexistencia de una competencia subvencional estatal diferenciada de las reconocidas en el texto constitucional, extendiéndose en tal caso su competencia subvencional sólo hasta donde alcance la cobertura de la competencia sustantiva sin poder anular las competencias estatales (excepto cuando la naturaleza de la medida exija una gestión directa y centralizada en determinados supuestos en los que la exigencia de centralización aparezca razonablemente justificada o deducirse de forma lógica de la propia medida) y necesidad de que las normas impugnadas satisfagan los requisitos exigibles a las normas básicas estatales.

Por ello, y comenzando por el segundo de los criterios, valora el cumplimiento del requisito formal en la fijación de las normas básicas, concluyendo, como casi siempre, que tal requisito es satisfecho en el caso objeto de enjuiciamiento por existir una cobertura legal expresa de la cuestión en la LO 10/2002 (de calidad de la educación). Y ello a pesar de que la propia Orden ni siquiera declaraba el carácter básico de la regulación impugnada.

Entrando en la calificación como materialmente básica de la regulación contenida en la Orden impugnada diferencia dos bloques de preceptos.

Respecto a los preceptos reguladores del objeto de las ayudas, los requisitos para su acceso, los supuestos, líneas de ayuda y cuantías y los elementos de valoración y selección relevantes para su otorgamiento entiende, como ya lo hizo en la STC 188/2001, que están cubiertos por la competencia estatal para dictar normas básicas pues constituyen el elemento esencial de la propia “competencia básica al determinar la finalidad y orientación de su política educativa en aras de la efectividad del artículo 27 de la CE”, siendo su “carácter detallado una exigencia de su percepción uniforme en todo el territorio nacional, garantizando un trato igualitario a sus beneficiarios” (FJ 9º).

En lo atinente a las normas reguladoras de la tramitación administrativa de las ayudas y los correspondientes recursos, siguiendo la argumentación de las partes y, de nuevo la STC 188/2001, diferencia el reproche derivado de la regulación procedimental presuntamente invasiva de las competencias autonómicas y la centralización de la ejecución administrativa.

Respecto a la segunda cuestión recuerda que las dificultades en la gestión deben resolverse mediante instrumentos de cooperación y no mediante la centralización del procedimiento de ejecución administrativa pues invade las competencias autonómicas (cosa que, por otra parte y de forma sobrevenida ha sido prevista en la LO 10/2002).

En lo referente a la regulación detallada del procedimiento administrativo de concesión, también entiende que invade la competencia autonómica de desarrollo de la legislación básica en la materia enseñanza, pues las normas procedimentales han de ser dictadas por las CCAA, respetando las reglas del procedimiento administrativo común.

Dos Votos Particulares (suscritos por cuatro Magistrados) cuestionan la argumentación seguida por el TC. Votos Particulares que reproducen los argumentos esgrimidos en los ya suscritos frente a la STC 188/2001 cuya doctrina es, al fin y al cabo, la que se utiliza a lo largo de toda la decisión.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA

RAFAEL BUSTOS

ISABEL PERELLÓ

ALFREDO ALLUÉ

IGNACIO GARCÍA VITORIA

MARÍA DÍAZ CREGO

MIGUEL PÉREZ-MONEO

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

A) Introducción. B) Derecho a la vida (artículo 2 CEDH). a) Obligaciones positivas de la Administración penitenciaria para preservar el derecho a la vida e impedir el suicidio de los presos. b) Muerte de unos gitanos en Bulgaria durante una detención con motivaciones de racismo. C) Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH). a) Discriminaciones a gitanos en Rumania que producen violaciones, entre otros, de la prohibición de tortura y otros tratos (artículo 3) y del derecho a la vida familiar (artículo 8). b) Expulsión de un solicitante de asilo, devolviéndole a un país donde se vulneraría la prohibición de tortura. c) El mantenimiento en celdas de aislamiento de un preso durante casi un año no es necesariamente contrario al artículo 3 CEDH; deben tenerse en cuenta las condiciones de ese aislamiento. d) Estado de las cárceles y modalidades de ejecución de las penas constitutivas de tratos prohibidos por el Convenio. D) Prohibición de esclavitud y de trabajo forzado por las condiciones de trabajo de una emigrante menor en Francia y obligaciones positivas de los Estados: la penalización de estas conductas (artículo 4 CEDH). E) Tiempo máximo de duración de la prisión preventiva (artículo 5.3 CEDH). F) Apariencia de parcialidad de un Magistrado del Tribunal Constitucional que había sido abogado de la parte contraria en el proceso previo (artículo 6 CEDH). G) Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH). a) No vulneración del derecho a la vida familiar por la expulsión tras una grave condena penal por falta de arraigo familiar. b) Registro irregular en el despacho de una abogada; ausencia de previsiones legales detalladas e inviolabilidad del domicilio y secreto de la correspondencia. H) La confusión en el tratamiento judicial, a efectos de prueba, entre “hechos” y “opiniones” puede violar la libertad de expresión e información (artículo 10 CEDH). I) Discriminación británica por la prohibición de contraer matrimonio entre suegro y nuera (artículo 12 CEDH). J) Derecho al respeto de los bienes y objeto de los derechos de propiedad: derechos de pesca y licencias de importación (artículo 1 Protocolo 1). K) Derecho a la doble instancia penal: la necesaria legitimación de la

parte para el recurso (artículo 2 Protocolo 7). **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.**

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

a) Acceso a la jurisdicción de las asociaciones de consumidores. b) Acceso a la jurisdicción: diferencia entre cuestiones nuevas y nuevos motivos de impugnación. c) Emplazamiento de un empleado público destinado en una plaza litigiosa. d) Derecho a la aplicación no arbitraria de las normas: error patente. e) Canon de motivación reforzado cuando haya conexión con la libertad personal y carácter pleno de la jurisdicción contencioso-administrativa. f) Motivación: inadmisión de recurso de casación en un caso de impugnación indirecta de reglamentos. g) Motivación: sentencia que carece de la necesaria referencia a los hechos. h) Ejecución de sentencia: irrazonabilidad de un Auto que desvincula por completo la fundamentación y el fallo. i) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

B) La denegación de baja laboral podría eventualmente lesionar el derecho a la integridad

(artículo 15 CE). C) Libertad de información [artículo 20.1.d) CE]. a) El acceso de medios de captación y difusión de imágenes en las audiencias públicas forma parte del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de información. b) El sujeto privado a quien puedan imputarse responsabilidades por lo publicado en un medio de comunicación tiene un derecho-deber de examinar el texto y los contenidos de la publicación. D) Principio de legalidad (artículo 25.1 CE).

a) Non bis in idem en sanciones disciplinarias a policías. b) El órgano judicial no puede subsanar los errores de la Administración, cometidos al ejercer su potestad sancionadora. **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.**

A) Derecho al honor y a la propia imagen (artículo 18.1 CE). a) La libertad de información prevalece sobre el derecho al honor cuando la información tiene relevancia pública, es veraz y no contiene expresiones calumniosas o vejatorias. b) Los “términos duros” no se consideran insultos a efectos de determinar la vulneración del derecho fundamental al honor. c) No procede la aplicación de la doctrina del reportaje neutral en aquellos casos en que el medio de comunicación no haya identificado a su fuente de información. d) El derecho a la propia imagen no se ve vulnerado por la difusión de la imagen de un sujeto si ésta es accesoria y subordinada a la información que pretendía transmitirse. B) Derecho a comunicar libremente información veraz [artículo 20.1 d) CE]. C) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE).

a) Legitimación activa. b) Inadmisión de recurso contencioso y posibilidad de subsanación de defectos. D) Extranjeros (artículo 13 CE). a) Concesión de nacionalidad española y

b) Legitimación activa. b) Inadmisión de recurso contencioso y posibilidad de subsanación de defectos. D) Extranjeros (artículo 13 CE). a) Concesión de nacionalidad española y

a) Legitimación activa. b) Inadmisión de recurso contencioso y posibilidad de subsanación de defectos. D) Extranjeros (artículo 13 CE). a) Concesión de nacionalidad española y

a) Legitimación activa. b) Inadmisión de recurso contencioso y posibilidad de subsanación de defectos. D) Extranjeros (artículo 13 CE). a) Concesión de nacionalidad española y

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

buena conducta cívica. b) Concesión de nacionalidad española e integración en la sociedad española. E) Asilo (artículo 13.4 CE). a) Diversos supuestos. b) Derecho a la asistencia jurídica y a la prueba. c) Denegación del derecho de asilo.

#### 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En esta crónica se analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en los meses de julio a septiembre de 2005, del Tribunal Constitucional desde la STC 140/2005, de 6 de junio, a la STC 229/2005, de 12 de septiembre, y del Tribunal Supremo, de las Salas Primera y Tercera, dictadas entre junio y octubre de 2005.

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

##### A) Introducción

Entre los asuntos borrados de la lista (*struck out of the list*) o que no terminan con una decisión de fondo, conviene referirse al **Caso Von Hannover contra Alemania, de 28 de julio de 2005**, que constata el acuerdo amistoso llegado entre Alemania y la recurrente, **Carolina de Mónaco**, sobre una indemnización de 115.000 euros como consecuencia de la vulneración de su derecho a la intimidad estimada en la conocida Sentencia de 24 de junio de 2004, ya comentada en esta revista.

Tres de las habituales series de asuntos se producen este trimestre. Hay, como es habitual, numerosos países condenados por **dilaciones indebidas** (artículo 6 CEDH), entre ellos, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Francia, Grecia, Hungría, Moldavia, Polonia, Suiza, Turquía, Ucrania y Chequia. Igualmente, hay bastantes condenas a Italia y Turquía por vulneraciones del derecho a la propiedad (artículo 1 Protocolo 1) a causa de **indemnizaciones en expropiaciones** que han perdido sensiblemente su valor por la inflación y dada la larga duración del proceso; asuntos a los que ya hemos hecho referencia en otros números de esta revista. Por último y desgraciadamente, siguen produciéndose un muy elevado número de condenas a Turquía por no menos variadas **prácticas de Estado en el Kurdistán** contra el terrorismo y el nacionalismo kurdos realizadas a mediados de los años noventa, que vuelven a declararse contrarias a diversos artículos del Convenio, entre otras:

– sendas vulneraciones al artículo 2 CEDH, derecho a la vida, como consecuencia de una detención (**Fatma Kacar contra Turquía, de 15 de julio**), o de la represión de una manifestación (**Simsek y otros contra Turquía, de 26 de julio**), o en el curso de un enfrentamiento armado contra eventuales miembros del PKK (**Kaplan y otros contra Turquía, de 13 de septiembre**);

– así como torturas y tratos inhumanos y degradantes contrarios al artículo 3 CEDH en **Oder contra Turquía, de 12 de julio**;

- y la falta de imparcialidad como Tribunal, contraria al artículo 6 CEDH, de la archiconocida Corte de Seguridad del Estado, v.gr., **Yesiltas y Kaya contra Turquía, de 15 de julio;**
- las limitaciones a la actividad de un partido, a cuyos dirigentes nacionales no se les dejó acudir a una parte del territorio para entrevistarse con los dirigente locales, declaradas contrarias al artículo 11 CEDH en **Guneri contra Turquía, de 12 de julio;**
- las limitaciones al derecho de asociación (artículo 11 CEDH), en su vertiente de libertad sindical, por supuestas restricciones a la actividad sindical derivadas de los traslados de los recurrentes, pese a que no acaba por considerarse probada la violación en **Aydin y otros contra Turquía, de 20 de septiembre;**
- el tiempo excesivo de duración de la prisión preventiva (siete años y siete meses), mantenida por decisiones tomadas con formularios por la Corte de Seguridad del Estado en **Sadegul contra Turquía, de 2 de agosto,** que evidentemente vulnera el artículo 5.3 CEDH.

De las restantes, las más importantes sentencias del período considerado son –a nuestro juicio– las siguientes.

## **B) Derecho a la vida (artículo 2 CEDH)**

### **a) Obligaciones positivas de la Administración penitenciaria para preservar el derecho a la vida e impedir el suicidio de los presos**

El **Caso Trubnikov contra Rusia, de 5 de julio de 2005** analiza la responsabilidad de la Administración penitenciaria por el suicidio en prisión del hijo del recurrente quien fue encontrado muerto por asfixia en una celda de castigo veintiún días antes de ser puesto en libertad.

La Corte constata que las autoridades rusas no han entregado el expediente médico, en contra de las obligaciones previstas en el artículo 38.a) CEDH que obliga a que el Estado interesado proporcione todas las facilidades necesarias para la investigación. Y reitera que el artículo 2.1 del Convenio impone al Estado no sólo abstenerse de producir muertes intencionales, sino también adoptar los pasos necesarios para salvaguardar la vida de las personas bajo su jurisdicción, especialmente respecto de aquellas personas bajo su custodia que se encuentran en una posición vulnerable. Se afirma que estas obligaciones positivas deben ser interpretadas de forma que no impongan una carga imposible o desproporcionada. En concreto, en el suicidio de un preso, tiene que determinarse que las autoridades conocían, o deberían haber conocido, la existencia de un riesgo real, de forma que razonablemente pudieran adoptar medidas que disminuyeran ese riesgo sin infringir la autonomía personal, valorando las circunstancias del caso. Se trataba aquí de un interno que cumplía condena bajo el régimen general a pesar de reconocerse que tenía problemas psicológicos y tendencias a autolesionarse como respuesta a los castigos disciplinarios cuando estaba bajo

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

la influencia del alcohol, habiendo intentado una vez el suicidio. Sin embargo, en los tres últimos años anteriores había estado bajo control psiquiátrico sin que ninguna opinión médica advirtiera de la existencia de ese riesgo. Razón por lo que no se considera que las autoridades debieron haber razonablemente previsto la decisión del suicidio. No obstante, se estima que existe vulneración de los aspectos procedimentales del derecho al no realizar las autoridades rusas una investigación adecuada de las circunstancias de la muerte. Se condena al Estado a abonar 8.000 euros en concepto de daños no pecuniarios.

#### **b) Muerte de unos gitanos en Bulgaria durante una detención con motivaciones de racismo**

El **Caso Nachova y otros contra Bulgaria, de 6 de julio de 2005**, fue elevado a una Gran Sala tras la Sentencia de 26 de febrero de 2004. Se enjuicia la muerte de familiares de los recurrentes por la policía militar (artículo 2) como consecuencia de presuntas actitudes discriminatorias contra los gitanos en vulneración del 14 del Convenio. La sentencia, similar en este extremo a la anterior, confirma que existe vulneración del artículo 2 tanto en los aspectos de fondo como procedimentales. Pero no considera probada la motivación racista de estas muertes. Si bien se admite una vulneración del artículo 14 en el aspecto procedimental a causa de la insuficiente investigación de esta denuncia.

#### **C) Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH)**

##### **a) Discriminaciones a gitanos en Rumanía que producen violaciones, entre otros, de la prohibición de tortura y otros tratos (artículo 3) y del derecho a la vida familiar (artículo 8)**

Otro asunto se ocupa de discriminaciones de ese grupo étnico. El **Caso Moldovan y otros contra Rumania, de 12 de julio de 2005**, analiza la destrucción de las propiedades de los recurrentes, de origen gitano, durante unos serios disturbios en 1993. Los hechos tuvieron origen en una discusión y pelea entre gitanos y no gitanos que provocó la muerte de un no gitano. En la reyerta participó el jefe de la policía local y acabó con tres muertes y la quema de treinta viviendas de gitanos. La Corte reconoce el incumplimiento de las obligaciones estatales positivas previstas en los artículos 3, 6, 8 y 14, pero no del artículo 2 ya que no recurren familiares de víctimas mortales. El TEDH admite que se trata de un trato inhumano y degradante, que afecta a su derecho a la vida familiar y que no ha tenido un adecuado tratamiento judicial; y, en cuanto al factor discriminatorio, considera que si bien no es competente para apreciar la discriminación en el hecho mismo del ataque, *ratione temporis*, estima que el factor étnico parece ser decisivo para la lentitud y el resultado de los procedimientos, concluyendo que algunas de las decisiones parecen deberse a esos motivos.

##### **b) Expulsión de un solicitante de asilo, devolviéndole a un país donde se vulneraría la prohibición de tortura**

**Said contra Holanda, de 5 de julio de 2005**. Al recurrente, eritreo y solicitante de asilo en Holanda, se le había negado allí el reconocimiento del derecho en aplicación de un proceso acelerado, al no considerarse creíbles sus alegaciones: ser perseguido por deser-

ción y crítica al ejército. El actor afirma que su expulsión a Eritrea le colocaría en riesgo de ser ejecutado o sometido a tortura o tratos inhumanos y degradantes violando el artículo 3 CEDH. La Corte, tras reiterar su doctrina respecto del citado artículo 3 en estos casos de devolución, recuerda que de lo que se trata es de determinar si el recurrente corre un “riesgo real” de sufrir malos tratos; y que, para ello, teniendo en cuenta la dificultad de obtener evidencias documentales directamente referidas al propio solicitante, pueden utilizarse informaciones generales sobre la situación del país. Dicho esto, considera que las alegaciones del recurrente son consistentes y que ha aportado información persuasiva al Gobierno holandés sobre la situación general de los desertores y los malos tratos que sufren en Eritrea. Se concluye, por tanto, que su expulsión a ese país implicaría una vulneración del artículo 3 del CEDH.

**c) El mantenimiento en celdas de aislamiento de un preso durante casi un año no es necesariamente contrario al artículo 3 CEDH; deben tenerse en cuenta las condiciones de ese aislamiento**

En *Rhode contra Dinamarca, de 21 de julio de 2005*, se matiza la doctrina respecto de las celdas de aislamiento de presos, diciendo que para estimar si ha habido lesión del artículo 3 CEDH deben tenerse en cuenta las concretas condiciones del aislamiento. En este supuesto para desestimar la lesión se ponderan los siguientes datos: una celda en la que tenía televisión, acceso a la prensa y la biblioteca, lecciones de francés e inglés del maestro de la prisión, visitas del capellán, un trabajador social, fisioterapeuta, médico, y visitas familiares y de amigos una vez a la semana, así como un adecuado control médico.

Más sorprendente es la violación de este estándar, dado el país demandado, en *Mathew contra Holanda, de 29 de septiembre de 2005*, donde el Tribunal Europeo estima violado el artículo 3 CEDH ante el confinamiento del actor por tiempo excesivo –siete meses– en una celda que, pese a su limpieza, no suponía una adecuada protección frente al clima en casos de precipitaciones y temperaturas extremas –una amplia apertura en el tejado dejaba entrar la lluvia y le exponía directamente al calor del sol–, y sólo se le permitía el acceso al ejercicio al aire libre y el aire fresco a expensas de un innecesario y fácilmente evitable sufrimiento físico (dos filas de escaleras) que no era apropiado para sus condiciones físicas. Se rechaza en cambio que quede probado el uso de violencia.

**d) Estado de las cárceles y modalidades de ejecución de las penas constitutivas de tratos prohibidos por el Convenio**

Sigue la larga serie de condenas por el mal estado de las cárceles en diversos países del Este de Europa, *Ostrovar contra Moldavia, de 13 de septiembre de 2005*. Tras reiterar la doctrina general en este tema (v.gr., *Kalashnikov contra Rusia* ya comentada en esta revista), se resaltan las inhumanas condiciones de la detención del recurrente en una cárcel con celdas repletas de personas y se pone de manifiesto que el gobierno demandado ha hecho “insignificantes progresos” en las inversiones en el sistema de prisiones.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### **D) Prohibición de esclavitud y de trabajo forzado por las condiciones de trabajo de una emigrante menor en Francia y obligaciones positivas de los Estados: la penalización de estas conductas (artículo 4 CEDH)**

Un litigio importante, porque hay muy poca jurisprudencia sobre el artículo 4 CEDH y por la doctrina que se establece es **Siliadin contra Francia, de 26 de julio de 2005**. El caso muestra un nuevo tipo de esclavitud. Un fenómeno que creíamos erradicado en Europa y que ahora posee nuevas causas derivadas de la emigración irregular. La recurrente, una menor de origen togolés, va a trabajar a la casa de una residente de su misma nacionalidad en París de manera irregular con quince años. Su padre había acordado con la “empleadora” que trabajaría hasta reembolsarle el billete de avión, que se regularizaría su situación administrativa, y que sería escolarizada. Sin embargo, la empleadora le confisca el pasaporte, y la “presta” a otra familia en la que trabaja siete días a la semana durante quince horas diarias con una autorización para ir a misa los domingos y sin percibir un sueldo. La demandante alega que Francia ha incumplido las obligaciones positivas derivadas del artículo 4 del Convenio.

La Corte considera que las obligaciones positivas del Estado en esta materia implican la criminalización y la represión efectiva de todo acto contrario al artículo 4, y reconoce que la recurrente ha estado sometida a trabajos forzados sin que sus empleadores sufrieran condena penal, porque, en el momento en que sucedieron los hechos, no era delito sino un ilícito objeto de una simple indemnización civil. Se condena a Francia. Es interesante pues advertir que la garantía efectiva de este derecho impone la penalización de las conductas lesivas del mismo. Es éste un debate clásico de la teoría general de los derechos, la tutela penal de los derechos fundamentales, que encuentra aquí uno de los ejemplos más manifiestos por la misma naturaleza del derecho y de sus posibles violaciones.

#### **E) Tiempo máximo de duración de la prisión preventiva (artículo 5.3 CEDH)**

**Gosselin contra Francia, de 13 de septiembre de 2005**, aprecia una violación del artículo 5.3 CEDH relativo al tiempo máximo de duración de la prisión preventiva al entender que no pasa un límite de razonabilidad una detención de tres años, seis meses y siete días. La instrucción fue especialmente larga y los jueces nacionales alegaban distintas razones derivadas de la conducta del actor. Pero la Corte estima que no existió la diligencia debida ni la prontitud necesaria, constatando la presencia de períodos de inactividad, y resaltando que el asunto carecía de una complejidad que justificara tal detención excesiva.

#### **F) Apariencia de parcialidad de un Magistrado del Tribunal Constitucional que había sido abogado de la parte contraria en el proceso previo (artículo 6 CEDH)**

**Mezmaric contra Croacia, de 15 de julio de 2005**, analiza una queja por invocación de la garantía del Tribunal imparcial en un proceso constitucional. Un Magistrado del Tribunal Constitucional representó a la parte contraria del recurrente en un estadio inicial del proceso y luego su hija continuó haciéndolo aunque renunciase más tarde. El TEDH recuerda que el hecho de que un Juez intervenga en un proceso en diferentes estadios y con distintos roles puede lesionar la garantía de la imparcialidad. Se reconoce que el Magistrado constitucional sólo lo hizo durante dos meses y nueve años antes del enjuiciamiento constitucional del pleito y teniendo una actuación materialmente limitada. No obstante,

estos hechos, reforzados por la involucración de la hija del Magistrado, crean en la visión de la Corte una situación susceptible de crear “dudas razonables” sobre la imparcialidad del mencionado Magistrado y se recuerda que debe preservarse la “aparición de imparcialidad”: “justice must not only be done, it must also be seen to be done”.

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

#### **a) No vulneración del derecho a la vida familiar por la expulsión tras una grave condena penal por falta de arraigo familiar**

**Üner contra Holanda, de 5 de julio de 2005.** El recurrente, de nacionalidad turca, se traslada a Holanda con su familia con doce años en 1981. A partir de 1991, sostiene una relación con una ciudadana holandesa con la que tiene dos hijos de esa nacionalidad, pero con la que deja pronto de convivir. Es objeto de diversas condenas penales menores hasta que es condenado por agresión y homicidio sin premeditación a siete años de cárcel. Una condena que le implica la pérdida de su residencia permanente y una orden de expulsión de diez años de Holanda, al considerarse que el interés en la seguridad pública y la prevención del crimen es superior al del recurrente a continuar su vida familiar con su pareja, hijos, padres y hermanos en el país. Y, de hecho, es deportado, tras cumplir su condena penal.

La Corte analiza la naturaleza y gravedad de los delitos cometidos, que considera particularmente graves, así como el hecho de que no era su primera condena, por lo que afirma que tiene fundamento legítimo el que sea considerado por el Estado demandado como un peligro para el orden público y la seguridad. Tiene en cuenta otros factores como son la falta de convivencia con su pareja y sus hijos, y el hecho de que la expulsión no fuera de duración ilimitada, y considera, por seis votos contra uno, que no hay vulneración del artículo 8 del Convenio. Una opinión concurrente del Juez Costa afirma que se está produciendo en estos casos una doble condena –cárcel y expulsión–, pero que, como la Corte ha admitido dicha doble condena, vota a favor de la mayoría teniendo en cuenta la gravedad de los delitos. Hay también un voto disidente del juez Baka que considera que la expulsión es desproporcionada dados los lazos que mantiene en Holanda, y que en definitiva no es necesaria en una sociedad democrática.

#### **b) Registro irregular en el despacho de una abogada; ausencia de previsiones legales detalladas e inviolabilidad del domicilio y secreto de la correspondencia**

**Petri Sallinen contra Finlandia, de 27 de septiembre 2005,** estima una violación de la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia y el derecho a la vida privada (artículo 8 CEDH). La policía realiza un registro en el domicilio de un Abogado y se incauta de material –entre otros de un disco duro de un ordenador– que contiene información respecto de su cliente.

La Corte estima que la garantía del artículo 8 CEDH se refiere al domicilio no sólo familiar de las personas físicas sino que supone una garantía más amplia (“domicile” no “home”)

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

que incluye las oficinas o despachos jurídicos y de negocios. La investigación realizada por la policía en el domicilio del actor, considerado testigo de un delito, estaba justificada y tenía base legal, pero no se realizó de conformidad con la ley o con suficientes garantías ante la ausencia de una regulación detallada en la ley nacional que garantizase un mínimo de protección en una sociedad democrática.

#### **H) La confusión en el tratamiento judicial, a efectos de prueba, entre “hechos” y “opiniones” puede violar la libertad de expresión e información (artículo 10 CEDH)**

En *Grinberg contra Rusia*, de 21 de julio de 2005, el recurrente publica un artículo de prensa denunciando la demanda interpuesta por un Gobernador regional contra otra periodista. En dicho artículo se asevera que el Gobernador no tiene vergüenza ni escrúpulos. Se inicia contra él un proceso civil por difamación en el que es condenado al pago de 100 euros por no demostrar el demandado la afirmación de que carece de vergüenza y escrúpulos, es decir, tratando estas opiniones como hechos y no como opiniones.

La Corte considera que el comentario discutido es un claro ejemplo de un juicio de valor y que la petición de prueba era imposible de satisfacer por el demandado, y que, en consecuencia, se ha vulnerado el artículo 10 del Convenio.

#### **I) Discriminación británica por la prohibición de contraer matrimonio entre suegro y nuera (artículo 12 CEDH)**

*B. y L. contra el Reino Unido*, de 13 de septiembre de 2005, enjuicia esta no muy transitada garantía. Los recurrentes, suegro y nuera, estimaban que la prohibición de contraer matrimonio entre ellos era una desproporcionada e injustificada limitación a tal capacidad. La Corte recuerda que el ejercicio del derecho está condicionado por las leyes nacionales, pero también que las restricciones deben de ser reducidas. En este caso, los actores vivían juntos en una relación permanente y no podían contraer matrimonio según la legislación británica hasta que sus respectivos cónyuges murieran, lo que era impredecible, o hasta que se les concediera un permiso especial por una ley del Parlamento. El Tribunal estima que ese recurso al Parlamento es demasiado excepcional y costoso y además deja en las manos discrecionales del mismo la concesión o no del permiso, no quedando acreditado que se desarrolle una investigación detallada sobre las concretas circunstancias familiares. Si bien reconoce que varios Estados miembros tienen prohibiciones similares; y también se admite que el fin de la prohibición es legítimo, puesto que trata de impedir relaciones sexuales entre familiares y de impedir el consiguiente daño a los niños. Sin embargo, la prohibición del matrimonio es una medida en buena lógica inidónea para impedir esas relaciones íntimas e incestuosas y la inseguridad emocional de los niños. Como al parecer había ya reconocido el Comité de la Cámara de los Lores que estaba estudiando una reforma de la legislación.

#### **J) Derecho al respeto de los bienes y objeto de los derechos de propiedad: derechos de pesca y licencias de importación (artículo 1 Protocolo 1)**

Dos sentencias que pueden resultar interesantes para determinar el alcance del derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1) son, respectivamente, *Alatulkkila* y *otros contra*

**Finlandia, de 28 de julio**, que considera que no existe vulneración de ese derecho en la limitación de los derechos de pesca; y **Rosenzweig y Bonded Warehouses Ltd contra Polonia**, de esa misma fecha, que afirma que sí se produce esa vulneración en la rescisión de una licencia de exportación sin motivos plausibles.

### **K) Derecho a la doble instancia penal: la necesaria legitimación de la parte para el recurso (artículo 2 Protocolo 7)**

**Gurepka contra Ucrania, de 6 de septiembre de 2005**, estima una lesión del artículo 2 del Protocolo 7 relativo al derecho al recurso o doble instancia penal, un derecho poco transitado por la jurisprudencia. La Corte recuerda que existe un amplio margen de apreciación nacional a la hora de determinar el ejercicio de este derecho, pero las restricciones impuestas por las legislaciones internas pueden ser revisadas a la luz de las exigencias del Convenio. El TEDH revisa el procedimiento extraordinario dispuesto en una ley ucraniana que permite ciertos arrestos y detenciones administrativas (*Code of Administrative Offences*), destaca que sólo puede ser iniciado por el Ministerio Fiscal o por una moción del Presidente del tribunal superior, y que no es directamente accesible a la parte ni dependiente de sus argumentos, y concluye que no es un remedio efectivo para los propósitos del Convenio.

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

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

#### **a) Acceso a la jurisdicción de las asociaciones de consumidores**

La **STC 219/2005, de 12 de septiembre**, Sala Primera, analiza el alcance de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores. Se cuestiona si resulta excesivamente restrictivo negar a una de estas asociaciones la acción para interponer un recurso contencioso-administrativo, en defensa de dos de sus afiliados, frente a una resolución que denegaba su demanda sobre ayudas públicas para la adquisición de viviendas. En general, la actividad de fomento de la Administración no es equiparable con la oferta de bienes y servicios en el mercado, por lo que no se puede considerar como consumidor al ciudadano que solicita dichas ayudas. Sin embargo, en el caso concreto, la finalidad de la ayuda pública –la adquisición de viviendas– está estrechamente vinculada con los intereses de consumidores y usuarios. El TC concluye que la inadmisión del recurso ha obstaculizando injustificadamente el derecho a que el órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada.

#### **b) Acceso a la jurisdicción: diferencia entre cuestiones nuevas y nuevos motivos de impugnación**

La **STC 158/2005, de 20 de junio**, Sala Primera, trata de determinar si se ha vulnerado el derecho al acceso a la jurisdicción del recurrente por la inadmisión parcial que lleva a cabo el TSJ de Galicia de su pretensión de que se valorasen determinados méritos alega-

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

dos en un proceso selectivo. Este resultado se fundamenta en que no había sido planteada dicha cuestión en los previos recursos administrativos.

Recuerda el TC su jurisprudencia sobre la inadmisibilidad de las cuestiones nuevas (SSTC 98/1992, de 22 de junio y 160/2001, de 5 de julio) en procesos contencioso-administrativos. Distingue entre cuestiones nuevas –hechos que identifican las pretensiones– y nuevos motivos de impugnación –fundamentos jurídicos que las justifican–. Si bien los hechos no pueden ser alterados en vía jurisdiccional, sí pueden cambiarse los argumentos jurídicos que apoyan las pretensiones. El recurrente formuló ante la Administración una petición de nueva valoración que incluyera los cursos que no se le tuvieron en cuenta, si bien no indica expresamente aquellos a que se refiere la Sentencia impugnada. No le cabe duda al TC que el presupuesto fáctico de la causa se ha mantenido inalterado (valoración de méritos en el concurso) y que se ha producido una ampliación de argumentos jurídicos. Por ello concluye que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

#### c) Emplazamiento de un empleado público destinado en una plaza litigiosa

La STC 207/2005, de 18 de julio, Sala Segunda, hace un interesante resumen sobre los emplazamientos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. La recurrente, adjudicataria inicial de una de las plazas de especialista en un hospital público, recurre en amparo la sentencia que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un competidor que inicialmente había sido excluido del concurso convocado por la Administración sanitaria y obligaba a valorar de nuevo los méritos de los participantes. El Tribunal Constitucional anula dicha sentencia porque considera que se ha ocasionado a la recurrente en amparo una situación de indefensión real y efectiva. Estima que no era suficiente con la publicación del anuncio de interposición del recurso contencioso-administrativo, sino que era preciso el emplazamiento personal de quienes pudieran perder, como consecuencia de la impugnación, las plazas ya obtenidas.

#### d) Derecho a la aplicación no arbitraria de las normas: error patente

STC 142/2005, de 6 de junio, Sala Primera, Recurso de amparo. El TC reiterando su doctrina sobre el error patente en la aplicación de la legalidad anula una Sentencia de la Audiencia Nacional que desestima recurso de apelación por considerar que hubo una alteración de la pretensión en el proceso. Constata el Tribunal que en la demanda se adujo como motivo de impugnación subsidiario la ilegalidad de la relación de puestos de trabajo que la Audiencia considera *mutatio libelli*.

#### e) Canon de motivación reforzado cuando haya conexión con la libertad personal y carácter pleno de la jurisdicción contencioso-administrativa

El recurrente en la STC 180/2005, de 4 de julio, Sala Segunda, había pertenecido a los batallones disciplinarios de soldados trabajadores (unidades militares formadas tras la Guerra Civil en las que se reclutaba de forma forzosa a represaliados políticos) y reclamaba de la Administración una indemnización por haber sufrido privación de libertad durante

más de tres años. El acto recurrido es una Sentencia del TSJ de Madrid que desestimó su recurso por considerar que el tiempo de permanencia en los citados batallones no puede computarse como tiempo de privación de libertad en establecimientos penitenciarios.

El primer motivo de impugnación esgrimido por el recurrente es que la Sentencia alteró los términos del debate fijados en el procedimiento administrativo. El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa impediría –según el recurrente y el Ministerio público– introducir razonamientos distintos a los argüidos en la resolución administrativa, que estimó que el período de permanencia en los batallones disciplinarios era computable (aunque denegó la indemnización al considerar que el recurrente no había acreditado la existencia de un período completo de tres años de privación de libertad). El TC –además de considerar que la resolución inicial no contiene una declaración concluyente sobre la consideración de la pertenencia a los citados batallones como tiempo de privación de libertad– discute el carácter revisor del proceso contencioso-administrativo. Según el TC, dicho carácter revisor no va más allá de la necesidad de que exista una actuación administrativa en relación a la cual se deducen las pretensiones procesales. El carácter pleno de la jurisdicción contencioso-administrativa y la falta de vinculación estricta a los motivos alegados en la vía administrativa permiten al órgano juzgador pronunciarse sobre las cuestiones introducidas por las partes. En este caso, la alegación del Abogado del Estado de que la permanencia en los citados batallones no respondía sino al cumplimiento del servicio militar por quienes se encontraban en situación de prisión atenuada o libertad condicional.

El Tribunal Constitucional acaba, no obstante, otorgando el amparo por un motivo distinto. Considera que la vinculación con el derecho a la libertad (artículo 17) implica la exigencia de un canon de motivación reforzado. Según la Sentencia, la motivación utilizada por el TSJ no tomó en consideración de forma suficiente el contenido del derecho fundamental y los valores constitucionales implicados. Se concluye que la resolución impugnada debió conceder relevancia al hecho de que la integración en los batallones disciplinarios de soldados trabajadores constituía una forma de cumplimiento del servicio militar en condiciones semejantes a las del internamiento en un centro penitenciario y que traía causa de una situación previa de prisión que hoy resultaría constitucionalmente intolerable.

En un **voto particular**, el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas rechaza la conexión del caso con el artículo 17 CE. Sostiene que en el presente caso no estaría en juego una limitación del derecho a la libertad, sino una simple prestación económica, por más que ésta trate de compensar una precedente pérdida de libertad. En conclusión, no sería exigible –desde la perspectiva del artículo 24.1 CE– ningún canon de motivación reforzado.

#### **f) Motivación: inadmisión de recurso de casación en un caso de impugnación indirecta de reglamentos**

El supuesto de hecho que se plantea en la **STC 221/2005, de 12 de septiembre**, consiste en dilucidar si es susceptible de ser recurrida en casación una sentencia que desestimó el

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

recurso contra un acto de aplicación de una ordenanza fiscal. El precepto invocado es el artículo 86.3 LJCA: cabrá “en todo caso recurso de casación contra las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia que declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general”. El recurrente interpretaba que este precepto introduce una excepción a las reglas generales que regulan el acceso al recurso de casación y debía aplicarse porque en el recurso contencioso-administrativo se impugnaba indirectamente la ordenanza fiscal. Por ello, aunque la sentencia recaída en la instancia no fuera susceptible de ser recurrida en casación en virtud de los criterios generales, habría que admitir el recurso atendiendo a que dicha sentencia contenía de forma implícita un pronunciamiento sobre la conformidad a Derecho de la citada ordenanza.

El TS inadmitió el recurso de casación, por entender que la “sentencia dictada en la instancia no contenía pronunciamiento alguno de esta naturaleza (carácter general)”. Según el TC, esta motivación no permite calificar la decisión adoptada como una resolución fundada en Derecho. El Auto del TS no revela la *ratio* de la decisión adoptada, genera dudas sobre si se niega como una cuestión de hecho que la sentencia del TSJ de Madrid fuera ajena a la impugnación indirecta de reglamentos o si se prefiere una interpretación diferente del artículo 86.3 LJCA.

Formula un **voto particular** el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, al que se adhiere el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas. El citado Magistrado considera que no existe defecto alguno en la motivación, porque el TS parte de una interpretación “consolidada” y “perfectamente discernible” del artículo 86.3 LJCA. Objeta que la solución adoptada por la mayoría –retrotraer las actuaciones para que el TS dicte una nueva resolución ampliando la motivación– es contraria al efecto útil del amparo, pues a la postre, el resultado final será previsiblemente una nueva inadmisión del recurso de casación con base en razones perfectamente sabidas.

#### **g) Motivación: sentencia que carece de la necesaria referencia a los hechos**

La **STC 149/005, de 6 de junio**, Sala Segunda, declara que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva una sentencia que se limita a trasladar meras referencias normativas y jurisprudenciales sobre cada una de las materias examinadas, de modo que se elude cualquier referencia a los concretos hechos que está llamada a juzgar (sanción urbanística). Con esta forma de motivar se hurta al recurrente la posibilidad de comprender por qué se adopta una determinada decisión.

#### **h) Ejecución de sentencia: irrazonabilidad de un Auto que desvincula por completo la fundamentación y el fallo**

El auto impugnado en la **STC 187/2005, de 4 de julio**, Sala Segunda, denegaba petición de que se obligara al Ayuntamiento de Villafranca de los Barros a reparar las humedades que afectaban al local municipal del que era arrendataria la recurrente en el mercado de abastos. Según el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, el fallo de la sentencia dictada en el proceso principal sólo se refería a la nulidad de los acuerdos municipales que desestimaron el recurso administrativo, sin adoptar ninguna medida de reparación del

derecho. El Tribunal Constitucional resuelve que el Auto es irrazonable porque desvincula por completo la fundamentación de la sentencia y el fallo. El Juzgado no tuvo en cuenta que en los fundamentos jurídicos de la sentencia se reconocía expresamente la obligación que pesaba sobre el Ayuntamiento –como arrendador– de adoptar cuantas medidas fueran necesarias para el pleno restablecimiento de la situación de la arrendataria.

### **i) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas**

La **STC 153/2005, de 6 de junio**, Sala Segunda, estima el recurso de amparo presentado por la excesiva e irrazonable duración de una instrucción penal en que estaba implicado un menor por un robo con fuerza en las cosas. Han transcurrido siete años desde que se detuvo al menor sin que el órgano judicial haya dictado resolución que ponga fin al proceso a causa de las demoras inexplicables en que han incurrido el Juzgado de Instrucción, la Fiscalía de Menores y el Juzgado de Menores (órganos que deben velar, además, por los derechos de los mismos).

### **B) La denegación de una baja laboral podría lesionar eventualmente el derecho a la integridad (artículo 15 CE)**

**STC 220/2005, 12 de septiembre**, Sala Primera. La extensiva interpretación del derecho a la integridad que el TC ha ido protagonizando tiene como consecuencia la llegada de algunos recursos de amparo en los que resulta imposible enlazar su supuesto de hecho con el derecho proclamado en el artículo 15 CE. Muy “creativo” habría de ser el TC para darles cabida. El resuelto por esta sentencia brinda uno de esos ejemplos. La recurrente entiende vulnerado su derecho a la integridad por habersele negado en dos ocasiones la prórroga de la baja por incapacidad laboral, situación esta provocada por sendos accidentes sufridos por la actora, funcionaria de Correos. Al obligársele a reincorporarse al trabajo se habría puesto en riesgo su salud.

El TC reitera su doctrina según la cual incluso el peligro grave y cierto para la salud constituiría lesión del derecho a la integridad ya que, frente a él, los poderes públicos han de asegurar la protección no sólo frente a injerencias en la integridad física o moral sino también frente a los riesgos relevantes para estos bienes. Pero, a juicio del TC, en este caso la recurrente fue trasladada a otro puesto acorde con sus condiciones físicas, atendidos los informes médicos. Ese traslado, por otra parte, no le impedía continuar su rehabilitación. El Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Contencioso-administrativo) ponderó de forma razonada, con la inmediación propia del juzgador, las circunstancias del caso, y su ponderación no debe ser revisada por el TC, pues no se produjo una lesión palmaria y manifiesta de la integridad física. Se desestima, por consiguiente, el amparo, a pesar de lo cual se sienta la especie de que el poder público está obligado a administrar el régimen de bajas laborales de manera respetuosa con el derecho a la integridad. En otras palabras, aunque no se da en este caso, la denegación de una baja laboral podría lesionar el derecho a la integridad si obligara al trabajador a desarrollar una actividad que supusiera peligro grave y cierto para su salud.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### C) Libertad de información [artículo 20.1.d) CE]

##### a) El acceso de medios de captación y difusión de imágenes en las audiencias públicas forma parte del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de información

La STC 159/2005, de 20 de junio, recoge la jurisprudencia plasmada en las SSTC 56/2004 y 57/2004, de 19 de abril, centrándose en esta ocasión en la eventual vulneración de la libertad de información por el Acuerdo de la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional que prohibía el acceso de los profesionales de la información con medios de captación de imágenes a las sesiones de los juicios que se celebran en la Audiencia Nacional. Reitera el TC que la asistencia de periodistas a las sesiones de un juicio público forman parte de la libertad de información y que el derecho a comunicar información veraz por cualquier medio de difusión incluye los medios de captación óptica. Sin embargo, la utilización de estos medios puede afectar de forma mucho más intensa a los derechos fundamentales de terceros o a bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, por lo que su utilización puede verse limitada de forma más intensa que la de otros medios.

A pesar de ello, el TC concluye que el Acuerdo estudiado ha de ser considerado contrario a la normativa reguladora de la libertad de información. Este acuerdo prohibía de forma general la entrada de periodistas con medios de captación de imágenes a las salas de vistas, previendo la posibilidad de que Jueces y Tribunales autorizaran su entrada caso a caso. Sin embargo, la normativa reguladora de la libertad de información exige lo contrario, esto es, la habilitación general a los profesionales de la información para acceder a las salas de vistas con reservas de prohibición decididas, en cada caso y según el principio de proporcionalidad, por Jueces y Tribunales.

##### b) El sujeto privado a quien puedan imputarse responsabilidades por lo publicado en un medio de comunicación tiene un derecho-deber de examinar el texto y los contenidos de la publicación

La STC 161/2005, de 20 de junio, plantea la posible vulneración de la libertad de expresión y la libertad de cátedra del Decano de la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad SEK, despedido, entre otros motivos, por desobedecer al Rector de esta Universidad, que había solicitado ser informado de los contenidos de una revista universitaria que se realizaba en la Facultad de Ciencias de la Información y aprobarlos, en su caso. El TC distingue entre dos vertientes de la mencionada revista: Su papel como instrumento de aprendizaje de los alumnos de Ciencias de la Información y su labor como instrumento de comunicación de la comunidad universitaria. La primera vertiente se desarrolla principalmente en las fases de formación de la revista y en ella se ejercen la libertad de cátedra y la libertad de expresión. La segunda vertiente se desarrolla en la fase de publicación y difusión de la revista. En esta fase ya no intervienen ni la libertad de cátedra ni la actividad de aprendizaje de los alumnos, pero sí la libertad de expresión de quienes han elaborado la publicación.

La orden del Rector debatida afecta a esta segunda vertiente de la revista, vertiente en la que no sólo interviene la libertad de expresión de quien en ella publica, sino también el derecho-deber del sujeto privado que financia y es responsable de la publicación de examinar el texto y los contenidos antes de su difusión. El TC reconoce, por tanto, el derecho de la Universidad SEK a controlar el contenido de la revista indicada antes de su difusión y deniega el amparo solicitado.

#### **D) Principio de legalidad (artículo 25.1 CE)**

##### **a) Non bis in idem en sanciones disciplinarias a policías**

STC 188/2005, de 7 de julio, Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad estimada con la declaración de inconstitucionalidad del artículo 27.3.j) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. El citado precepto tipificaba como falta muy grave “haber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el período de un año”.

La cuestión se suscita en un proceso contencioso-administrativo abierto por el recurso de un policía municipal de Madrid que fue sancionado por tres faltas graves en un año y a quien se aplicó el precepto cuestionado, imponiéndole nueva sanción por falta muy grave. Para el órgano judicial cuestionante esta situación “podría implicar una doble sanción por el mismo hecho y la consiguiente vulneración del principio non bis in idem”.

El TC reitera su doctrina acerca de este principio y subraya, entre otras cosas, que el castigo de la reincidencia es constitucionalmente legítimo, siempre que se pretenda castigar un ilícito posterior del mismo sujeto de una manera más severa, pero no cuando hechos anteriores vuelven a castigarse. Esto último se produce con el precepto cuestionado, pues el legislador ha creado un tipo administrativo autónomo prescindiendo absolutamente de la comisión de un hecho nuevo por el infractor. Se viene así a castigar, tras un nuevo procedimiento administrativo sancionador, un hecho ya sancionado anteriormente.

El voto particular discrepante del magistrado García Calvo entiende, en cambio, que sí hay un hecho nuevo: el que se haya cometido tres infracciones sancionadas en firme y, sobre todo destaca el discrepante la existencia de un elemento diferenciador esencial que es la circunstancia temporal, el que las tres faltas graves se hayan cometido en el período de un año.

##### **b) El órgano judicial no puede subsanar los errores de la Administración, cometidos al ejercer su potestad sancionadora**

STC 218/2005, de 12 de septiembre, Sala Primera. El TC estima el amparo, tras aplicar al caso su reiterada doctrina acerca del alcance del principio de tipicidad en la esfera de la actuación sancionadora de la Administración. Es a ésta a quien corresponde indicar de manera suficiente, en cada concreto acto administrativo sancionador, la norma específica

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

en la que se ha efectuado la predeterminación del ilícito donde se subsumen los hechos imputados. El órgano judicial se ocupa después de verificar la corrección de ese concreto ejercicio de la potestad sancionadora, pero no puede llevar a cabo, por sí mismo, la subsunción de los hechos imputados a un sujeto bajo preceptos legales seleccionados por él *ex novo* (no identificados antes, expresa o tácitamente, por la Administración) con el objeto de mantener la sanción impuesta.

#### 4 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

##### A) Derecho al honor y a la propia imagen (artículo 18.1 CE)

##### a) La libertad de información prevalece sobre el derecho al honor cuando la información tiene relevancia pública, es veraz y no contiene expresiones calumniosas o vejatorias

Varias sentencias del TS de este trimestre aplican reiterada jurisprudencia del TC en virtud de la cual la libertad de información prevalece sobre el derecho al honor cuando la información tenga relevancia pública, sea veraz y no contenga expresiones calumniosas o vejatorias:

La **STS de 20 de julio de 2005**, ponente Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, considera que la publicación de varios artículos sobre las actividades de bandas ultraderechistas en los que se hace específica referencia a sus líderes no vulnera el derecho al honor de estos últimos en cuanto la publicación contiene información de relevancia pública, los recurrentes han trascendido su condición de sujetos privados para convertirse en cuasi-públicos, la información es veraz y la publicación no contiene expresiones calumniosas o vejatorias.

La **STS de 19 de julio de 2005**, ponente Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, plantea un supuesto de colisión entre la libertad de expresión e información y el derecho al honor, esta vez en relación con el prestigio profesional del recurrente, supuestamente dañado por el contenido de una entrevista en la que, tras exponer la problemática de aquellos que ejercen la profesión de intermediador inmobiliario sin titulación, se pone como ejemplo de este actuar al recurrente. Señala el TS que, en el caso presente, la libertad de información ha de prevalecer frente al derecho al honor y ello en cuanto la información proporcionada es veraz, no se utilizaron expresiones injuriosas y en ningún caso se agredió verbalmente a ningún grupo étnico o social determinado (el recurrente es alemán).

La **STS de 13 de septiembre de 2005**, ponente Excmo. Sr. Antonio Salas Canciller, aplica nuevamente la jurisprudencia indicada, pero en un supuesto de colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión. La demandada, presidenta de comunidad de vecinos, ataca al recurrente en una reunión de la comunidad, acusándole de intrusismo al ejercer su profesión sin la titulación oficial correspondiente. El TS considera que, en este supuesto, no se produce un atentado del derecho al honor en cuanto la información hecha pública es veraz, como lo demuestra un informe del Colegio Profesional correspondiente y la confirmación del propio recurrente.

**b) Los “términos duros” no se consideran insultos a efectos de determinar la vulneración del derecho fundamental al honor**

La STS de 29 de junio de 2005, ponente Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, analiza otro asunto de colisión entre el derecho al honor y la libertad de información. Recuerda el TS que, según jurisprudencia reiterada del TC, la libertad de información ha de prevalecer sobre el derecho al honor siempre y cuando la información difundida sea de relevancia pública, veraz y no insulte o menosprecie. El TS aplica la citada jurisprudencia al caso presente y considera que la información difundida, referida a una utilización supuestamente inadecuada de fondos públicos en la ciudad de Melilla, era veraz y de relevancia pública y que los reportajes en que ésta se difundió no menospreciaban ni insultaban al recurrente, a pesar de que entrarían de lleno en lo que el TEDH denomina “términos duros”. El TS considera, en base a la jurisprudencia del TEDH en la materia, que expresiones en las que se denomina al recurrente ladrón, mentiroso o llorón no pueden considerarse expresiones vejatorias o insultantes y, por tanto, no vulneran el derecho al honor del recurrente.

**c) No procede la aplicación de la doctrina del reportaje neutral en aquellos casos en que el medio de comunicación no haya identificado a su fuente de información**

La STS de 22 de junio de 2005, ponente Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, estudia un supuesto de colisión entre el derecho al honor y la libertad de información desde la perspectiva de la doctrina del reportaje neutral. Recuerda el TS que esta doctrina exime de responsabilidad al medio de comunicación que se limita a reproducir las afirmaciones de terceros que puedan eventualmente atentar contra los derechos reconocidos en artículo 18 CE siempre y cuando el medio de comunicación indique quién es la persona responsable de tales afirmaciones y se limite a hacer de mero transmisor de la noticia, sin reelaborarla de ningún modo. En estos supuestos, la veracidad exigible al medio de comunicación se limita a la verdad objetiva de la existencia de tales declaraciones, quedando el medio exonerado de responsabilidad por su contenido. El TS aplica la jurisprudencia indicada al caso de autos e indica que, si bien el reportaje estudiado se limita a transcribir las declaraciones de un tercero, el medio de comunicación no aclara quién realiza tales afirmaciones, de lo que se desprende que la doctrina del reportaje neutral no es aplicable y el medio no queda, por tanto, exonerado de responsabilidad. Puesto que el reportaje aludido supone un atentado al honor del recurrente, en cuanto contiene expresiones claramente vejatorias, el medio de comunicación ha de ser considerado responsable de esta vulneración del derecho al honor.

**d) El derecho a la propia imagen no se ve vulnerado por la difusión de la imagen de un sujeto si ésta es accesoria y subordinada a la información que pretendía transmitirse**

Dos sentencias del TS de este trimestre nos han dejado sendos ejemplos de la aplicación de la doctrina del TC referida al derecho a la propia imagen.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

La STS de 15 de julio de 2005, ponente Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo, analiza un supuesto de derecho a la propia imagen de un fallecido. En este caso, el TS considera que la difusión en reiteradas ocasiones de la imagen de un conductor de camión, muerto en accidente de tráfico, no vulnera el derecho a la propia imagen en cuanto la imagen del sujeto es fugaz y accesoria, sirviendo únicamente para ilustrar un hecho de notoria relevancia pública, como es el monumental atasco que provocó el accidente de tráfico en el que falleció el conductor en las vías de acceso a Madrid.

La STS de 14 de julio, ponente Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández, aplica idéntica jurisprudencia del TC, pero a fin de confirmar la vulneración del derecho al honor y a la propia imagen de la recurrente, cuya fotografía fue empleada para ilustrar un reportaje televisivo sobre mujeres maltratadas. En esta ocasión, el TS considera vulnerado el derecho a la propia imagen de la recurrente debido a que la misma no prestó su consentimiento para que su imagen fuera utilizada en el programa y la fotografía aparece en varias ocasiones, es perfectamente reconocible y no es en absoluto accesoria o subsidiaria, siendo la imagen central de la pantalla en varios momentos del programa. Añade el TS que la utilización de la imagen de la recurrente también vulnera su derecho al honor en cuanto la presentación de la recurrente como mujer maltratada supone un evidente menoscabo de su estima y consideración tanto propia como ajena.

#### **B) Derecho a comunicar libremente información veraz [artículo 20.1.d) CE]**

En la STS de 26 de julio de 2005, Ponente Excmo. Sr. Lucas Murillo de la Cueva, se confirma la Sentencia del TSJ de Canarias que estimó el recurso formulado por el ente público y Televisión Pública de Canarias contra la denegación para acceder al Centro de Datos de las Elecciones Generales de 12 de marzo de 2000 instalado en el Palacio de Exposiciones y Congresos de Madrid y la clave para recibir directamente los datos correspondientes al escrutinio. El TS ratifica la interpretación de instancia que reconoció el derecho de los actores a acceder a datos electorales sin que fuera razón para negárselos la medida cautelar acordada por la Sala de suspensión de la convocatoria del concurso para la adjudicación del servicio de suministro de programas a la Televisión Pública de Canarias. Se aprecia que la actuación administrativa impugnada infringía el artículo 20.1 CE y lesionó el derecho a transmitir libremente información veraz por cualquier medio.

#### **C) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)**

##### **a) Legitimación activa**

En la STS de 15 de junio de 2005, Ponente Excmo. Sr. González González, se examina un supuesto en que un TSJ declara la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación de la demandante. El TS casa la sentencia de instancia al considerar que las actoras tenían interés en el asunto no tanto derivado de la imposición de una sanción, sino de la medida de clausura de unos pozos de una finca que, a su entender y de los informes presentados podría suponer afección a un manantial del que son propietarias. La resolución recaída en el expediente sancionador no se limita a la sanción sino que ordena al infractor “la reposición alterada por el mismo al estado originario” y

la eventual clausura de los pozos como consecuencia del expediente justifica la legitimación de las actoras para impugnar las resoluciones que deniegan sus peticiones.

### **b) Inadmisión de recurso contencioso y posibilidad de subsanación de defectos**

En la STS de 20 de julio de 2005, Ponente Excmo. Sr. González Rivas, se aborda un supuesto en el que la Sala de lo Contencioso de un TSJ declara la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo por cuanto la entidad demandante no había cumplido con la exigencia de aportar a autos un certificado o documento que acreditara cuál era el órgano competente para entablar acciones. El TS aprecia la quiebra del artículo 24 CE por cuanto el órgano judicial procedió a estimar la causa de inadmisibilidad invocada por el Letrado de la Comunidad Autónoma demandado sin conceder a la actora un plazo para subsanar los defectos advertidos.

## **D) EXTRANJEROS (artículo 13 CE)**

### **a) Concesión de nacionalidad española y buena conducta cívica**

En la STS de 28 de septiembre de 2005, Ponente Excmo. Sr. Martínez-Vares García se examina el concepto de buena conducta cívica a los efectos de concesión de la nacionalidad española. La Audiencia Nacional confirma la decisión administrativa que deniega el reconocimiento de la nacionalidad a la demandante, con el razonamiento de que a pesar de que la actora reúne los requisitos generales de residencia exigidos para la concesión de la nacionalidad, sin embargo, estima que no se ha justificado suficientemente la buena conducta cívica, pues el recurrente fue condenado en el año 1992 por un delito de robo con violencia en grado de frustración y otro de sustitución de placas de matrícula legítima de vehículo automóvil por hechos ocurridos en el año 1990 y aunque los antecedentes fueron cancelados, la comisión de delitos no se corresponde con el concepto de buena conducta que exige el artículo 22.4 CC. El TS casa la Sentencia de la Audiencia afirmando que el demandante reside en España desde 1998 y que aun cuando cometió dos delitos en 1990, lo cierto es que desde entonces no existe hecho alguno que haga desmerecer el concepto general que puede tenerse de un buen ciudadano. Es precisamente a finales del año 1990 cuando contrae matrimonio con española con la que convive en el mismo domicilio, con la que ha tenido un hijo, consta de alta en la seguridad social trabajando por cuenta ajena como albañil en distintas empresas de su residencia, hace declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas y aporta un documento expedido por el cura párroco de la parroquia de la que es feligrés en el que el sacerdote que lo suscribe dice que el recurrente “goza de buena fama cívica y religiosa en la parroquia”. Es decir, que desde 1990 su conducta carece de reproche alguno, por el contrario, muestra un comportamiento que es el que exige la sociedad como representativo de un ciudadano estándar en tanto que posee una vida familiar estable, y por tanto está suficientemente justificada una rehabilitación total del mismo no pudiendo constituir sus errores de un pasado lejano en el tiempo un estigma insubsanable cuando se ha acreditado la absoluta integración cívica y social y una conducta acorde a esa integración durante tan largo período de tiempo.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### b) Concesión de nacionalidad española e integración en la sociedad española

En la STS de 28 de septiembre de 2005, ponente Excmo. Sr. Martínez-Vares García, se revoca una Sentencia de un TSJ que confirmó la resolución del Ministerio de Justicia que deniega la nacionalidad de una demandante por no haber acreditado la actora un suficiente grado de integración en la sociedad española y hablar muy deficientemente nuestro idioma. El TS examina el informe aportado a autos del que se desprende que la residencia de la actora ha sido legal, efectiva, e ininterrumpida en la Ciudad autónoma de Melilla desde el año 1986, sin que pueda interpretarse en otro sentido la falta de documentación de ciertos períodos. Además, la afirmación de que la actora no está integrada en la sociedad española es contraria a lo manifestado por el Magistrado del Registro Civil que manifestaba que la actora se hallaba integrada a la vida y costumbres españolas y que hablaba correctamente español, residía en Melilla, trabaja como empleada del hogar y está dada de alta en el régimen especial como consta en su informe de vida laboral, todo ello sin perjuicio de que conserve la costumbre y comportamientos propios de la religión que profesa.

#### E) Asilo (artículo 13.4 CE)

##### a) Diversos supuestos

Han sido numerosas las Sentencias dictadas en este trimestre por la Sala Tercera del Tribunal Supremo interpretando el derecho de asilo. Llama la atención el alto índice de sentencias revocatorias de decisiones de la Audiencia Nacional, en las que esta última confirma la inadmisión a trámite de las solicitudes presentadas por ciudadanos extranjeros. Frente al criterio de la Audiencia, el TS aprecia, en la mayoría de los casos, que concurre un relato de persecución que no es manifestamente falso o inverosímil a los efectos de tramitar el procedimiento y afirma que la causa de inadmisión fue incorrectamente aplicada por la Administración. Así ocurre, entre otras, en la STS de 22 de julio de 2005, ponente Excmo. Sr. Cancer Lalanne, en la que se revoca la decisión de la Audiencia y se acuerda la tramitación de la solicitud de asilo de un ciudadano egipcio. Otra Sentencia del mismo ponente, de 23 de septiembre de 2005, resuelve en el mismo sentido respecto a una ciudadana cubana, revocándola, Sentencia de la Audiencia Nacional. Igual ocurre con la STS de 30 de septiembre de 2005, dictada esta vez en relación con un solicitante nacional de Sri Lanka, en la que se casa la Sentencia de la Audiencia por idénticos motivos. Existe una larga serie de Sentencias, todas de fecha de 8 de septiembre de 2005, ponente Excmo. Sr. Oro-Pulido, en relación a dos ciudadanos de Sierra Leona, y otra en relación a un nacional de Cuba. También de la misma fecha, Ponente Excmo. Sr. Yagüe Gil, respecto a tres ciudadanos de Ucrania, una respecto un ciudadano de Liberia y una respecto a un nacional de Cuba. Entre las de esta fecha y ponente cabe hacer referencia a la que resuelve el recurso de casación formulada por un solicitante nacional de Irak. La Audiencia Nacional confirma la inadmisión a trámite acordada por la Administración, y frente a tal criterio, el TS estima que el solicitante describió una situación grave y continuada de persecución por razones políticas y religiosas incardinables en las causas previstas en la legislación sobre asilo, lo que le lleva a casar y anular la sentencia impugnada.

**b) Derecho a la asistencia jurídica y a la prueba**

En lo que se refiere al asilo y el derecho de defensa, cabe destacar la **STS de 6 de septiembre de 2005**, Ponente Excmo. Sr. Cancr Lalanne, en la que en recurso de casación se denunciaba la privación del derecho a la asistencia letrada en la tramitación del expediente administrativo por cuanto en la diligencia de información de derechos se había silenciado la posibilidad de recabar Abogado de oficio indicándose exclusivamente a la actora que tenía derecho a “entrar en contacto con Abogado de su elección a los efectos de ser asistido jurídicamente”. El TS entiende que la privación de asistencia jurídica al solicitante de asilo puede revestir trascendencia invalidante de la resolución finalizadora del procedimiento, y en el supuesto examinado la tesis de la demandante sobre vulneración del derecho a la asistencia letrada tenía fundamento y la prueba solicitada ante la Sala tendente a acreditar tal extremo podía resultar de singular trascendencia a los efectos de la estimación del recurso. Por ello anula la Sentencia de la Audiencia que había denegado la prueba.

**c) Denegación del derecho de asilo**

En la **STS de 2 de septiembre de 2005**, ponente Excmo. Sr. Yagüe Gil, se anula la Sentencia de la Audiencia Nacional, se analiza un supuesto de denegación del derecho de asilo de dos solicitantes de nacionalidad cubana. La Sentencia de instancia no contiene ninguna mención de los hechos que se consideran probados y del conjunto de lo actuado el TS deduce la existencia de indicios suficientes para concluir que los solicitantes de asilo sufren temor de ser perseguidos en su país de origen, por causas políticas y ello constituye una situación de persecución protegible a través del asilo, razón por la que revocando la Sentencia de instancia reconoce este derecho a los demandantes.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA

RAFAEL BUSTOS

ISABEL PERELLÓ

ALFREDO ALLUÉ

IGNACIO GARCÍA VITORIA

MARÍA DÍAZ CREGO

MIGUEL PÉREZ-MONEO

#### IV. FUENTES DEL DERECHO

## Sumario:

**1. Consideración preliminar.** **2. Bases.** A) Se admite el carácter básico de una Orden Ministerial que regula becas relativas a educación especial, si bien su gestión corresponde a la Generalitat. B) Para que una disposición reglamentaria tenga carácter básico es preciso que se establezca expresamente o derive claramente de su carácter de complemento indispensable de las normas legales básicas; la fijación de puntos de conexión por parte del Estado se integra en el ámbito de sus competencias básicas en relación con la ordenación de seguros privados. C) No existe una protección intermedia para preceptos que no son caracterizados como básicos, las Comunidades Autónomas no tienen que atender necesariamente a los mismos. **3. Ley.** A) Principio de legalidad en materia penal y sancionadora: la vulneración del principio de tipicidad determina la del principio de legalidad en materia sancionadora; la ausencia de fundamento legal de la gradación de las infracciones y las sanciones vulnera el principio de legalidad en materia sancionadora; la aplicación de un precepto derogado como fundamento de una sanción vulnera el principio de legalidad en materia sancionadora; la vulneración del principio *non bis in idem* infringe el principio de legalidad en materia sancionadora; no cabe una norma reglamentaria sancionadora aprobada con posterioridad a la Constitución en desarrollo de una normativa anterior que incumplía las exigencias formales del principio de legalidad en materia sancionadora. **4. Decreto-Ley.** A) La existencia de una extraordinaria y urgente necesidad como presupuesto de hecho habilitante para dictar un Decreto-Ley, exige su motivación expresa y la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida adoptada para atenderla; vulnera el artículo 86 CE la regulación que altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario. B) El Decreto-Ley no es un instrumento jurídico válido para obtener la previa autorización de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse en relación con Tratados o Convenios Internacionales; la Ley de conversión de un Decreto-Ley en Ley Ordinaria

no subsana los posibles vicios de inconstitucionalidad que éste plantee. **5. Reglamento.**

A) Ordenanzas municipales. a) En las ordenanzas municipales la audiencia sólo se exige en el caso de asociaciones de carácter obligatorio, además no establecen una interpretación auténtica de las leyes. b) Competencia municipal para aprobar una Ordenanza municipal de Circulación. c) Exigencia de habilitación legal previa para establecer medidas adicionales de protección medioambiental a través de una Ordenanza. B) Impugnación de disposiciones generales: Nulidad del presupuesto general municipal por rebasamiento de los límites de los Presupuestos Generales del Estado. **6. Principios constitucionales.**

A) Principio de igualdad: la mayor protección que la Ley ofrece a los hermanos menores de edad de la víctima de accidente en relación con los mayores de edad no vulnera el principio de igualdad del artículo 14 CE; las prohibiciones de discriminación del artículo 14 CE –entre las que se encuentra la que se fundamenta en el sexo– imponen un canon de legitimidad constitucional más estricto que el principio de igualdad, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad; en los supuestos en que se denuncia la discriminación por razón de sexo corresponde al sujeto que adopta la medida discriminatoria la prueba de que la misma obedeció a un motivo ajeno al denunciado; la jurisprudencia constitucional somete a requisitos estrictos la apreciación de la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley.

B) Principio de seguridad jurídica: El principio de seguridad jurídica exige dar un trato igual a casos iguales.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia Ar. 6525 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. 603 de 2005. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 239/2005, de 26 de septiembre.

De las sentencias analizadas cabe destacar las SSTC 189/2005 y 155/2005 que se refieren a la figura del Decreto-Ley a través de los distintos elementos que definen su régimen jurídico en el artículo 86 CE. También se analiza la inadecuación del Decreto-Ley como instrumento para autorizar Tratados internacionales. En definitiva, se plantea la relación entre el Decreto-Ley y la Ley así como el carácter jurídico y no político del control que debe ejercer el Tribunal Constitucional en esta materia.

### 2. BASES

#### **A) Se admite el carácter básico de una Orden Ministerial que regula becas relativas a educación especial, si bien su gestión corresponde a la Generalitat**

En la STC 212/2005, de 21 de julio, se resuelve el conflicto de competencias promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña en relación con la Orden de 1 de julio de 1996, del Ministerio de Educación y Cultura, por la que se conceden ayudas a la educación especial, para el curso 1998-1997, por vulneración de las competencias ejecutivas de la Generalitat de Cataluña en materia de enseñanza. La citada Orden fija con detalle las clases de ayuda, su objeto y cuantía, los requisitos exigidos a sus beneficiarios, el procedimiento de su concesión y reserva al Estado las principales funciones de ejecución administrativa (convocatoria, concesión y resolución de recursos). Las funciones administrativas que la citada Orden encomienda a las Comunidades Autónomas son de mero auxilio a la Administración estatal.

El Tribunal Constitucional parte en su análisis de dos ideas claves sobre esta cuestión que fueron expuestas en la STC 188/2001, de 20 de septiembre (FJ 5°): “En primer lugar, que el legislador orgánico, al desarrollar el derecho a la educación (artículo 27 CE) ha considerado las becas como un elemento central para la efectividad de tal derecho” (...) “y, en segundo lugar, que dicho legislador orgánico no ha regulado el entero régimen jurídico de las becas pues dicha configuración central se complementa con la normativa de rango reglamentario”.

El Tribunal rechaza que el título competencial que ampara la regulación cuestionada sea el artículo 149.1.1 CE, que no puede amparar los artículos de dicha Orden “que atribuyen a los órganos centrales del Estado competencias de carácter ejecutivo, pues aquel precepto constitucional está constreñido al ámbito normativo” (FJ 5°). En consecuencia, la regla competencial aplicable es la que establece el artículo 149.1.30 CE, específico en relación con el derecho a la educación.

El hecho de que la Orden en cuestión no explicita su carácter básico no constituye en este caso para el Tribunal un obstáculo para su calificación como norma básica, que admite “excepcionalmente si tal carácter se desprende de modo inequívoco de su contenido, como ocurre efectivamente en este caso, al tratarse de una regulación completa, cuyo cumplimiento resulta inexcusable para la obtención de las ayudas” (STC 188/2001, FJ 8°).

Desde el punto de vista material, son dos los reproches que se formulan a la regulación enjuiciada: en primer lugar, que la Orden tiene un excesivo grado de detalle que no permite a la Generalitat ejercitar sus competencias normativas; en segundo término, que corresponde a la Generalitat la realización de la completa gestión de la tramitación administrativa de las ayudas y subsidios, incluido su otorgamiento, para lo cual debe disponer de la parte correspondiente de los fondos presupuestarios destinados al efecto.

El Tribunal, partiendo de la jurisprudencia de la STC 13/1992, declara que la competencia del Estado para dictar normas básicas en desarrollo del artículo 27 CE le permite consignar subvenciones de fomento en los Presupuestos Generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permite su competencia genérica básica o de coordinación; en relación con las becas, las condiciones esenciales de su otorgamiento pueden alcanzar hasta donde sea imprescindible para garantizar el cumplimiento por los poderes públicos de sus deberes en esta materia (artículo 149.1.30 CE) y resulte necesario para conseguir la finalidad deseada y conseguir una política educativa homogénea en todo el territorio nacional, sin desconocer las competencias normativas y de ejecución de las Comunidades Autónomas.

La fijación del objeto de las ayudas, los requisitos exigibles para su otorgamiento, la cuantía de las distintas líneas de ayuda, etc., se consideran elementos centrales de las condiciones de otorgamiento de las ayudas, cuyo carácter detallado resulta una exigencia de su percepción uniforme en todo el territorio nacional, garantizando un trato igualitario a sus beneficiarios y, por lo tanto, se admite su carácter básico.

La centralización del procedimiento de tramitación de las ayudas que impone su gestión estatal infringe, sin embargo, las competencias ejecutivas de la Generalitat en materia de enseñanza.

**B) Para que una disposición reglamentaria tenga carácter básico es preciso que se establezca expresamente o derive claramente de su carácter de complemento indispensable de las normas legales básicas; la fijación de puntos de conexión por parte del Estado se integra en el ámbito de sus competencias básicas en relación con la ordenación de seguros privados**

En la STC 173/2005, de 23 de junio, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña en relación con determinados preceptos de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, por vulnerar las competencias de la Generalitat de Cataluña. El Tribunal desestimó el recurso interpuesto en su totalidad.

El Tribunal Constitucional rechaza la vulneración de la competencia autonómica de desarrollo de la regulación básica estatal sobre las mutuas de seguros por el artículo 9.3 de la Ley enjuiciada (régimen de las sociedades mutuas y cooperativas a prima fija) que habilita al Reglamento para que desarrolle con carácter básico las normas que figuran con idéntico alcance en la Ley. Esta remisión al Reglamento no supone por sí misma la atribución de carácter básico a los preceptos reglamentarios dictados en desarrollo de las previsiones del artículo 9.3 de la Ley de Ordenación de los Seguros Privados: es necesario que tales normas reglamentarias de rango infralegal indiquen expresamente su pretendida naturaleza básica o así resulte sin lugar a dudas de su propia estructura normativa en cuanto complemento indispensable de las normas legales básicas. En este caso, en el Reglamento de desarrollo de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados,

#### IV. Fuentes del Derecho

el régimen jurídico de las mutuas de seguros a prima fija y variable se regula en los artículos 11 a 22, expresamente excepcionados de la identificación de lo básico contenida en el primer apartado de la Disposición Final Primera del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el citado Reglamento, por lo que no se ha producido, en relación con esta cuestión, ninguna vulneración de la competencia autonómica

La fijación por parte del legislador estatal de puntos de conexión (domicilio social, ámbito social y localización de riesgos en el territorio de la Comunidad Autónoma) no vulnera la competencia de la Comunidad Autónoma, ya que los puntos de conexión fijados no representan una reserva a favor del Estado del ejercicio centralizado de competencias ejecutivas, sino una delimitación del alcance territorial de las facultades autonómicas sobre las entidades aseguradoras. Dichos puntos de conexión concretan el principio de territorialidad de las competencias autonómicas materializando la vinculación directa de la actividad sobre la que se ejercen y el territorio autonómico.

#### **C) No existe una protección intermedia para preceptos que no son caracterizados como básicos, las Comunidades Autónomas no tienen que atender necesariamente a los mismos**

En la STS de 19 de mayo de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 4240, el Tribunal resuelve el recurso de casación interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos contra STSJ de Navarra que resolvía la impugnación previa de determinados preceptos del Decreto Foral 197/2001 que aprueba normas de desarrollo de la Ley Foral 12/2000, de Atención Farmacéutica.

La cuestión de fondo que se planteó ante el Tribunal de Justicia se refería a la regulación por un gobierno autonómico de la apertura de farmacias en la Comunidad Autónoma y a su posible inconstitucionalidad por incompatibilidad con la Ley estatal 16/1997, de 25 de abril, de oficinas de farmacia y el artículo 149.1.16 de la Constitución. El Tribunal, sin embargo, no consideró procedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad con respecto a ninguno de los preceptos apuntados por la parte recurrente.

Ya en sede casacional, se alega de nuevo entre otros motivos, la inconstitucionalidad de la normativa autonómica mencionada. La Corporación recurrente reconoce que los preceptos impugnados no tienen carácter básico, pero que, a pesar de ello, hay que entender que Ley Foral de Navarra establece un sistema propio incompatible con el de la planificación sanitaria a que se refiere la Ley estatal. De modo que las Comunidades Autónomas sólo pueden ejercer sus potestades normativas para la cuantificación de módulos o criterios, pero respetando siempre el sistema general establecido. Al respecto, contesta el Tribunal que la recurrente ofrece una interpretación meramente subjetiva que lleva a situar a algunos preceptos en una categoría intermedia entre el carácter básico o no de las normas que no tienen ninguna cabida en el ordenamiento jurídico. Si el legislador no ha declarado expresamente como básicos ciertos preceptos cuando podría haberlo hecho, es porque ésa era ciertamente su voluntad, de manera que en esos puntos, las Comunidades Autónomas pueden legislar sobre la materia.

### 3. LEY

**A) Principio de legalidad en materia penal y sancionadora: la vulneración del principio de tipicidad determina la del principio de legalidad en materia sancionadora; la ausencia de fundamento legal de la gradación de las infracciones y las sanciones vulnera el principio de legalidad en materia sancionadora; la aplicación de un precepto derogado como fundamento de una sanción vulnera el principio de legalidad en materia sancionadora; la vulneración del principio *non bis in idem* infringe el principio de legalidad en materia sancionadora; no cabe una norma reglamentaria sancionadora aprobada con posterioridad a la Constitución en desarrollo de una normativa anterior que incumplía las exigencias formales del principio de legalidad en materia sancionadora**

En el período analizado son varias las sentencias que analizan el principio de legalidad en materia sancionadora.

En la **STC 218/2005, de 12 de septiembre**, se resuelve la impugnación relativa a una sanción tributaria impuesta por no presentar la documentación necesaria para practicar la liquidación del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana. El órgano judicial que controló la corrección del concreto ejercicio de la potestad sancionadora efectuado por la Administración, alteró el fundamento legal indicado por ésta para dar cobertura a la sanción impuesta, señalando un tipo que expresamente la Administración había descartado. A juicio del Tribunal Constitucional dicha actuación vulnera el principio de tipicidad que integra el derecho fundamental a la legalidad en materia penal y sancionadora garantizado por el artículo 25.1 CE.

En un sentido similar, la **STC 211/2005, de 18 de julio**, estima la vulneración del derecho a la legalidad penal del artículo 25.1 CE en relación con el principio de reciprocidad establecido en el artículo 13.3 CE, en que incurrió la Audiencia Nacional en el Auto de 22 de diciembre de 2004, al acceder a la entrega del demandante reclamado por Francia, en virtud de la errónea aplicación de Ley 3/2003, que regula la orden europea de detención y entrega, cuando resultaba aplicable el Convenio europeo de extradición.

En la **STC 210/2005, de 18 de julio**, se estima la vulneración del principio de legalidad en materia sancionadora (artículo 25.1 CE) en la medida en que, tras la tipificación genérica de las conductas infractoras que se contiene en el artículo 38 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, ni la ley ni ninguna disposición general de desarrollo contienen la gradación de las infracciones dentro de las categorías que la propia Ley establece. La gradación de las infracciones y, en consecuencia, de las sanciones a imponer por la Administración en el momento de su aplicación, supone la quiebra del principio de previsibilidad al que sirve el principio de legalidad o predeterminación normativa de las infracciones y sanciones. En otros términos, resulta contrario al principio de legalidad (artículo 25.1 CE) que la concreción de si una determinada conducta tipificada por la ley como infracción constituye infracción grave, menos grave o leve se difiera al momento aplicativo de la potestad sancionadora, pues

#### IV. Fuentes del Derecho

la graduación de las sanciones o la calificación *ad hoc* de las infracciones no resulta acorde con el principio de taxatividad, en cuanto que no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes ignoran las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta genéricamente tipificada como infracción administrativa.

En la **STC 195/2005, de 18 de julio**, se estima la vulneración del principio de legalidad en materia sancionadora (artículo 25.1 CE) como consecuencia de la imposición de una sanción disciplinaria en virtud del artículo 7.2 del Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía debido a que dicho precepto había sido previamente anulado por sentencia firme del Tribunal Supremo. En definitiva, se sancionó aplicando un tipo disciplinario inexistente, por lo que se infringe el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Por último, cabe hacer referencia a la **STC 188/2005, de 7 de julio**, que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en relación con el artículo 27.3.j) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que tipificaba como falta muy grave, el hecho de haber sido sancionado por la comisión de tres faltas graves en el período de un año, por posible vulneración del principio *non bis in idem* y, por tanto, del artículo 25.1 CE. El hecho de que este tipo infractor se aplique en el seno de una relación especial de sujeción plantea si en este ámbito se modifica la aplicación del citado principio, lo cual es rechazado por el Tribunal Constitucional.

El Tribunal estima que el precepto enjuiciado resulta contrario a la garantía que representa el principio *non bis in idem* en su vertiente material o sustantiva, en la medida en que en virtud de dicho precepto se posibilita la duplicidad en el castigo a un determinado sujeto mediante la imposición de una doble sanción disciplinaria por la realización de unos mismos hechos, teniendo dichas sanciones un mismo fundamento. Además, dado que para la imposición de la sanción por la infracción muy grave tipificada en el precepto cuestionado, es necesario seguir un nuevo procedimiento disciplinario distinto a los cumplimentados para la imposición de cada una de las tres (o más) sanciones por la comisión de las tres (o más) faltas graves que integran el tipo cuestionado, existiendo entre ellas una triple identidad de sujetos, hechos y fundamento, la aplicación de dicho precepto implicaría también una lesión del principio *non bis in idem* desde la perspectiva formal o procedimental.

En la **STC 172/2005, de 20 de junio**, se estima la vulneración del principio de legalidad en materia sancionadora (artículo 25.1 CE) en relación con determinados preceptos del Reglamento de la Denominación de Origen calificada Rioja, dictados en desarrollo del artículo 93 del Estatuto del Vino de 1970, que establece una habilitación ilimitada a la potestad reglamentaria en esta materia. Se impugnaba en amparo una sanción impuesta en virtud de una norma reglamentaria sancionadora aprobada con posterioridad a la Constitución –el citado Reglamento de la Denominación de Origen calificada Rioja– en desarrollo de una normativa anterior –la Ley que aprobó el estatuto del Vino– que incumplía las exigencias formales del principio de legalidad penal o sancionador.

En los mismos términos se había pronunciado con anterioridad el Tribunal en la STC 52/2003, de 17 de marzo [vid. *Justicia Administrativa*, núm. 20, Crónica IV.4.B).d)].

#### 4. DECRETO-LEY

**A) La existencia de una extraordinaria y urgente necesidad como presupuesto de hecho habilitante para dictar un Decreto-Ley, exige su motivación expresa y la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida adoptada para atenderla; vulnera el artículo 86 CE la regulación que altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario**

La STC 189/2005, de 7 de julio, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, por vulneración del artículo 86 CE. El Tribunal Constitucional precisa en esta Sentencia diversas cuestiones relativas a la naturaleza del Decreto-Ley, los límites que la Constitución impone por razón de su objeto, el presupuesto habilitante para dictarlo y el carácter del control que ejerce el Tribunal Constitucional sobre este tipo de normas.

En relación con la exigencia de que concurra una extraordinaria y urgente necesidad en virtud del artículo 86.1 CE como presupuesto habilitante para dictar un Decreto-Ley, el Tribunal Constitucional precisa que no se trata de una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, de la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante Decretos-Leyes. El Tribunal recuerda en esta Sentencia la reiterada jurisprudencia constitucional que admite la aplicación del Decreto-Ley en relación con las coyunturas económicas problemáticas como instrumento pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia, que no es otro que subvenir a situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las Leyes.

Para controlar la concurrencia de ese presupuesto habilitante es preciso analizar dos elementos: en primer lugar, los motivos que, habiendo sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación, hayan sido explicitados de forma razonada y, en segundo lugar, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida adoptada para subvenir a la misma. La Exposición de Motivos del Decreto-Ley, así como el debate parlamentario de convalidación, constituyen elementos fundamentales para conocer las razones de la urgencia. El Tribunal entiende que las razones que fundamentan el presupuesto de hecho habilitante en relación con el Decreto-Ley enjuiciado (relanzar la economía para cumplir con los requisitos de convergencia con la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria a través del fomento del empleo, especialmente a través de las pequeñas y medianas empresas y de la movilización del ahorro) justifican la aplicación de esta figura.

## IV. Fuentes del Derecho

En relación con el ámbito tributario, el Decreto-Ley no puede alterar ni el régimen general ni aquellos elementos esenciales de los tributos que inciden en la determinación de la carga tributaria, afectando así al deber general de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su riqueza mediante un sistema tributario justo. En consecuencia, vulnerará el artículo 86 CE cualquier intervención o innovación normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario.

Aplicando esta doctrina al supuesto enjuiciado el Tribunal concluye que los artículos 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14, la Disposición Adicional Segunda y, por consecuencia, la Disposición Final Primera, párrafo tercero, del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, han afectado a la esencia del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que enuncia el artículo 31.1 CE, pues al modificar el régimen tributario de los incrementos y disminuciones patrimoniales en un tributo que, como el impuesto de la renta sobre las personas físicas, constituye una de las piezas básicas de nuestro sistema tributario, se ha alterado el modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de los contribuyentes en unos términos que, conforme a la doctrina de este Tribunal, están prohibidos por el artículo 86.1 CE.

La regulación de los artículos 4 y 5 del citado Real Decreto-Ley se declara conforme a la Constitución porque no provoca un cambio sustancial de la posición de los ciudadanos en el conjunto del sistema tributario, por lo que no afecta a la esencia del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que establece el artículo 31.1 CE.

**B) El Decreto-Ley no es un instrumento jurídico válido para obtener la previa autorización de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse en relación con Tratados o Convenios Internacionales; la Ley de conversión de un Decreto-Ley en Ley Ordinaria no subsana los posibles vicios de inconstitucionalidad que éste plantee**

La STC 155/2005, de 9 de junio, resuelve los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Real Decreto-Ley 14/1998, de 9 de octubre, de adhesión de España a diversos Acuerdos del Fondo Monetario Internacional y la Ley 13/1999, de 21 de abril, de igual contenido y resultante de la tramitación del Real Decreto-Ley 14/1998 por la vía prevista en el artículo 86.3 de la Constitución.

Los principales problemas que aborda el Tribunal en esta Sentencia son: en primer lugar, si el Decreto-Ley es o no el instrumento jurídico constitucionalmente apropiado para la integración en el Ordenamiento de convenios internacionales, siendo así que las disposiciones incorporadas por el mismo suponen la asunción de obligaciones financieras para la Hacienda Pública [artículo 94.1.d) CE]; en segundo lugar, si concurren o no los presupuestos que exige el artículo 86 CE para dictar un Decreto-Ley; y, en tercer lugar, cuáles son los términos en que se relacionan los Decretos-Leyes y sus eventuales leyes de conversión.

El Tribunal Constitucional analiza en primer lugar si es posible la prestación por Decreto-Ley del consentimiento del Estado para obligarse por medio de Tratados o Convenios internacionales. En este sentido, destaca que la afectación de las materias enunciadas en

el artículo 86.1 CE no es el único límite sustantivo al que la Constitución somete a los Decretos-Leyes pues sobre éstos opera también el conjunto de las reservas establecidas por el constituyente respecto a determinadas materias y en beneficio de específicas formas y procedimientos. Entre tales reservas figura la que establece el artículo 94.1 CE al exigir que sean las Cortes Generales las que presten el consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios. Apreciada la inconstitucionalidad por esta causa, el Tribunal no se pronuncia sobre la concurrencia o no en el caso de la extraordinaria y urgente necesidad como presupuesto habilitante para dictar un Decreto-Ley ex artículo 86 CE.

En segundo lugar se plantea si la Ley 13/1999, de 21 de abril, promulgada como consecuencia de la tramitación del Real Decreto-Ley 14/1998 por el procedimiento de urgencia previsto en el artículo 86.3 CE, puede solventar los defectos de constitucionalidad del citado Decreto-Ley, derivados de su falta de idoneidad para dar curso a la autorización prevista en el artículo 94.1 CE, así como si constituye una norma adecuada para dar forma a la autorización parlamentaria que exige el artículo 94.1 CE.

El Tribunal responde negativamente a ambas cuestiones. Si se admitiera que la Ley 13/1999 subsana la insuficiencia del Decreto-Ley para regular el consentimiento del Estado en los términos expuestos, ello supondría que las Cortes Generales validarían una autorización gubernativa que, así subsanada, habría producido efectos desde un principio y que, por tanto, habría sido suficiente para hacer posible la integración de una norma internacional, de manera que ésta se habría incorporado al Ordenamiento con anterioridad a la autorización del Parlamento.

Por lo que se refiere a la idoneidad de la Ley 13/1999 para prestar la autorización del consentimiento internacional del Estado, en este caso no se vulnera la competencia exclusiva de las Cortes a estos efectos, pero, dado que el artículo 94.1 CE corresponde a una competencia no legislativa, se ha utilizado un cauce que no es el específicamente previsto por la Constitución. El artículo 74.2 CE establece para el otorgamiento de las autorizaciones previstas en el artículo 94.1 CE un procedimiento parlamentario específico y diverso del legislativo ordinario o común, que es el que debió ser utilizado en el caso enjuiciado.

## 5. REGLAMENTO

### A) Ordenanzas municipales

**a) En las ordenanzas municipales la audiencia sólo se exige en el caso de asociaciones de carácter obligatorio, además no establecen una interpretación auténtica de las leyes**

En la STSJ de Madrid de 27 de mayo de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 428, resuelve el Tribunal el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Empresas de la Construcción de Madrid contra la aprobación provisional de una ordenanza del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial de 2000 sobre andamios.

## IV. Fuentes del Derecho

En el recurso se alegan dos motivos, uno formal, relativo al cumplimiento de las normas de elaboración de disposiciones generales; otro material, que se refiere al carácter interpretativo de la ley que tiene la ordenanza, lo que podría atentar contra el principio de legalidad o jerarquía normativa.

Con respecto al primer motivo parece que no se han vulnerado las normas procedimentales para la elaboración de disposiciones generales contenidas en el artículo 49 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, en cuanto que en el expediente se puede comprobar efectivamente la realización de todos los trámites previstos en este precepto. Por lo que afecta al cumplimiento del artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que exige la audiencia de asociaciones representativas de los intereses profesionales que puedan verse afectados por la norma, hay que tener en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales que consideran obligatoria esta audiencia sólo en los casos en que la asociación es obligatoria. Sólo entonces podría derivarse la nulidad de la ordenanza, y en el caso presente la asociación no tiene ese carácter y además fue oída en la fase previa a la aprobación de la ordenanza.

En relación con el segundo motivo, apunta el Tribunal que los reglamentos que desarrollan una ley pueden establecer interpretaciones de la misma, sin que ello tenga en ningún caso el valor de una interpretación auténtica de las leyes que desarrollan, porque la Administración, estatal, autonómica o local, no es el legislador. Además, es necesario que exista una norma con rango legal que dé cobertura a la norma reglamentaria. En este caso, la ordenanza es acorde a derecho porque no tiene ningún contenido innovador del ordenamiento jurídico, ni establece un contenido normativo interpretativo de una ley estatal que pueda llegar a vulnerar el principio de legalidad o de jerarquía normativa.

### **b) Competencia municipal para aprobar una Ordenanza municipal de Circulación**

En la STS de 15 de junio de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 5954, el Tribunal resuelve el recurso de casación interpuesto por una Asociación contra un acuerdo del Ayuntamiento de Palma de Mallorca relativo a la aprobación de una Ordenanza Municipal de Circulación.

El primero de los motivos de impugnación es la falta de competencia del Ayuntamiento para aprobar la citada ordenanza y la consecuente vulneración del principio de jerarquía normativa, ya que se entiende que regula la actividad de arrendamiento de vehículos, en la que es competente la Comunidad Autónoma, que ya ha regulado la actividad por Decreto. Al respecto apunta el Tribunal que la Ordenanza no regula el arrendamiento de vehículos, sino el uso de la vías públicas urbanas.

### **c) Exigencia de habilitación legal previa para establecer medidas adicionales de protección medioambiental a través de una Ordenanza**

En la STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de junio de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 327, se resuelve el recurso contencioso-administrativo

interpuesto por una empresa de telefonía móvil contra Ordenanza municipal para la instalación y funcionamiento de Instalación de Radiocomunicación.

El motivo en que se basa la impugnación de esta disposición es la vulneración de las siguientes normas: artículo 149.1.21 CE, Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones; RD 1066/2000 por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas y RD-ley 9/2000, de modo que se asumen competencias en telecomunicaciones que en ningún caso corresponden a la Administración local. Al respecto alega el Ayuntamiento que en la Ordenanza se han ejercitado competencias municipales garantizadas por la Constitución y las leyes, en concreto, la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, la Ley 2/1998 de Castilla-La Mancha de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, así como en el RAMINP. La Ordenanza se centra, según la Corporación municipal, en la regulación de exigencias urbanísticas, medioambientales y de prevención de la salud de los vecinos del municipio.

A la vista de estas alegaciones, señala el Tribunal que ciertamente en el campo de las telecomunicaciones existe una gran confusión en el reparto competencial entre los tres niveles de Administración territorial que debe ser objeto de delimitación. En virtud del modelo competencial existente hay que entender que la competencia del Estado en materia de telecomunicaciones no puede impedir que el municipio atienda los intereses derivados de su competencia urbanística, incluyendo aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales. Ahora bien, el municipio no puede llegar a establecer exigencias desproporcionadas, o tan restrictivas que impidan el ejercicio del derecho de los operadores a establecer sus instalaciones. Y en concreto hay que excluir la competencia de los entes locales para establecer medidas adicionales de protección medioambiental, si no están investidos de una habilitación legal específica.

En este mismo sentido también las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 1 de julio y de 20 de julio de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 410 y 503, así como las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de junio y de 11 de julio de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 589 y 603.

### **B) Impugnación de disposiciones generales: Nulidad del presupuesto general municipal por rebasamiento de los límites de los Presupuestos Generales del Estado**

La STSJ Cataluña de 26 de mayo de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 540, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Delegación del Gobierno contra un acuerdo municipal de modificación del Presupuesto General del municipio. Se alega por la parte recurrente que dicho acuerdo de modificación presupuestaria incrementa el salario del personal al servicio del Ayuntamiento en más de un 2%, que era el porcentaje máximo permitido por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para ese año (2000).

## IV. Fuentes del Derecho

Al respecto existe una consolidada doctrina constitucional que considera que el establecimiento, por parte del Estado, de topes máximos al incremento del volumen global de las retribuciones de los empleados públicos se justifica en el artículo 149.1.13 de la Constitución, que fija la competencia estatal de dirección de la actividad económica general, y en el principio de coordinación, que opera como límite a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (artículo 156.1 CE). Estos “techos salariales” están dirigidos a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público. En consecuencia, la modificación del Presupuesto municipal se anula por el Tribunal.

### 6. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

**A) Principio de igualdad: la mayor protección que la Ley ofrece a los hermanos menores de edad de la víctima de accidente en relación con los mayores de edad no vulnera el principio de igualdad del artículo 14 CE; las prohibiciones de discriminación del artículo 14 CE —entre las que se encuentra la que se fundamenta en el sexo— imponen un canon de legitimidad constitucional más estricto que el principio de igualdad, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad; en los supuestos en que se denuncia la discriminación por razón de sexo corresponde al sujeto que adopta la medida discriminatoria la prueba de que la misma obedeció a un motivo ajeno al denunciado; la jurisprudencia constitucional somete a requisitos estrictos la apreciación de la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley**

La STC 190/2005, de 7 de julio, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Pontevedra en relación con el artículo 1.2 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor y otros preceptos vinculados al citado, por posible vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley e interdicción de discriminación del artículo 14 CE. La mayor protección que la Ley ofrece a los hermanos menores de edad de la víctima de accidente en relación con los mayores de edad no vulnera el principio de igualdad del artículo 14 CE. Se trata de una diferenciación constitucionalmente legítima, puesto que aparece expresamente recogida en el artículo 12 CE, que da lugar a status jurídicos distintos, que determinan una mayor protección de los menores.

La STC 182/2005, de 4 de julio, resuelve un recurso de amparo interpuesto por vulneración del artículo 14 CE, en concreto, por discriminación por razón de sexo. La recurrente, como consecuencia de tres embarazos sucesivos, fue discriminada desde el punto de vista salarial, con un cambio de funciones y puesto de trabajo, que acredita, y sufriendo la pérdida de la salud y otros daños morales, por lo que el recurso es estimado.

El Tribunal aclara que la virtualidad del artículo 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. A diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE implican un juicio

de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione* que imponen como fin y generalmente como medio la parificación. Dichos motivos o razones sólo pueden ser utilizados excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad. En estos casos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aun más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del artículo 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el artículo 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones.

La prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del artículo 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.

También sobre discriminación por razón de sexo el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo interpuesto por vulneración del artículo 14 CE, por una mujer embarazada que fue despedida por razón de su estado. Corresponde en este caso la prueba de que la decisión extintiva del contrato laboral obedeció a un motivo ajeno al denunciado —la discriminación por razón de sexo—. La ausencia de prueba en el sentido indicado por parte de la empresa demandada determina que los indicios aportados por la demandante permitan declarar la lesión del derecho garantizado en el artículo 14 CE (**STC 175/2005, de 4 de julio**).

La **STC 164/2005, de 20 de junio**, resuelve diversas cuestiones referidas tanto al principio de igualdad en la ley como al principio de igualdad en la aplicación de la ley.

En primer lugar, rechaza la vulneración del principio de igualdad en la ley por el hecho de que la regulación del IRPF disponga que la exención tributaria de las indemnizaciones por daños físicos no incluye los importes recibidos por quienes padecen invalidez permanente como resultado de una enfermedad. A juicio del Tribunal este tratamiento desigual está basado en un elemento objetivo como es el distinto origen de la invalidez, por lo que no se produce la vulneración del principio de igualdad.

En segundo lugar se plantea una posible vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley al considerar que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó un recurso interpuesto contra una liquidación tributaria relativa al impuesto de la renta de las personas físicas, se aparta sin justificación suficiente de una línea doctrinal que exige una motivación formal y material de la Administración tributaria, que no se produjo en el caso enjuiciado. Según esta línea doctrinal, en los casos en los que de la liquidación resulte una discrepancia con relación

#### IV. Fuentes del Derecho

a lo declarado que suponga un aumento de la base, la motivación consistente en dejar marcada con asterisco (\*) las casillas del documento informático a las que se contrae la discrepancia entre lo declarado por el sujeto pasivo y lo apreciado por la Administración, sin explicar a qué responde o de dónde procede el incremento de base que allí se refleja, es insuficiente.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre los requisitos que deben concurrir para que pueda entenderse vulnerado el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley reconocido en el artículo 14 CE (expuestos, entre otras, en la STC 106/2003, de 2 de junio) incluye los siguientes:

a) La acreditación de un *tertium comparationis* ya que el juicio de la igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria.

b) La existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de la “referencia a otro” exigible en todo alegato de discriminación en la aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo.

c) La identidad de órgano judicial, entendiéndose por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de Sección, al considerarse éstas como órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación judicial de la Ley. Esta exigencia permite valorar si la divergencia de criterio expresada por el juzgador es fruto de la libertad de apreciación del órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función juzgadora (artículo 117.3 CE) y consecuencia de una diferente ponderación jurídica de los supuestos sometidos a su decisión, o un cambio de valoración del caso puramente arbitrario, carente de fundamentación suficiente y razonable.

d) La ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien lo sea con la quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, con el fin de excluir la arbitrariedad. Y ello porque el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano judicial no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable, y no a una respuesta *ad personam*, singularizada. El Tribunal expone que en el caso enjuiciado debe prosperar la pretensión del recurrente, dado que concurren los requisitos a los que se ha hecho referencia.

En la **STC 146/2005, de 6 de junio**, se plantea la posible vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley. La recurrente fundamenta su recurso de amparo en el hecho de que le fuera denegada en primer lugar, la prórroga de la ayuda como lectora de español en la Universidad de Manila y, posteriormente, en vía judicial, los efectos de una

sentencia que reconoció dicha prórroga a una compañera de la demandante, que estaba en una situación idéntica.

El Tribunal desestima el amparo solicitado rechazando que ambas lectoras estuvieran en idéntica situación de cara a la obtención de la prórroga, dado que la recurrente en amparo no había aportado los mismos documentos que la favorecida por el fallo judicial. Esta circunstancia justifica la denegación de la extensión de los efectos del fallo por el órgano judicial competente, al amparo de la previsión del artículo 110 LJCA (en la redacción anterior a la introducida por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre).

A juicio del Tribunal Constitucional, “no se trata, por consiguiente de que, ante constatadas situaciones de hecho iguales se haya realizado una distinta aplicación de la norma jurídica no justificada, sino que el órgano judicial, en ejercicio de su exclusiva función de interpretar y aplicar la legalidad ordinaria, ha apreciado los requisitos del precepto indicado a partir de los documentos aportados, llegando a la conclusión de que no existía la identidad de situaciones jurídicas legalmente exigida, situación que no permite fundamentar la violación del derecho consagrado en el artículo 14 CE”.

### **B) Principio de seguridad jurídica: El principio de seguridad jurídica exige dar un trato igual a casos iguales**

En la STS de 13 de mayo de 2005, Sala de lo Civil, Ar. 6376, resuelve el Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Cáceres como consecuencia de autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía. Los autos en apelación se refieren a la petición de disolución por parte del Ayuntamiento afectado de un contrato de cesión de terrenos e instalaciones a un particular para el cultivo de tabaco debido al incumplimiento por parte del mismo de las condiciones del contrato, así como a la solicitud del pago de la indemnización procedente en virtud de los daños causados. La Audiencia reconoció las pretensiones del Ayuntamiento recurrente mediante sentencia que después se recurrió en casación por el cesionario ante el Tribunal Supremo.

Para resolver el asunto, el Tribunal se refiere a una línea jurisprudencial reiterada en sucesivos casos relativa a casos similares sobre contratos análogos al actual, de acuerdo con la cual y en base al principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución, el recurso ha de ser desestimado, ya que este principio constitucional exige un trato igual para todos en circunstancias iguales y una protección a la legítima confianza de los ciudadanos en que sus pretensiones han de ser resueltas, del mismo modo y alcance, que lo fueron otras en idénticas condiciones, todo ello dentro de la legalidad establecida y sin discriminaciones injustificadas.

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ

SILVIA DÍEZ SASTRE

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

### Actos y Procedimiento Administrativos

## Sumario:

**1. Consideración preliminar. 2. Concepto de acto administrativo.** A) Distinción con disposiciones generales. **3. Procedimiento administrativo. Iniciación, tramitación y finalización.** A) Informes. a) Existencia de “informes determinantes” cuya solicitud interrumpe el plazo máximo para resolver. B) Silencio administrativo. a) Solicitud de suspensión del acto y silencio administrativo. b) Imposibilidad de adquirir por silencio una licencia para actividades molestas. **4. Requisitos del acto administrativo.** A) Motivación. a) Motivación suficiente en la denegación de traslado de estación de servicios. b) Motivación suficiente en la elección del sistema de expropiación. **5. Eficacia y ejecución forzosa.** A) Notificación. a) Innecesariedad de notificación personal cuando existe una pluralidad de sujetos. b) Impugnación jurisdiccional de un acto que no agota la vía administrativa por notificación con incorrecta indicación de recursos procedentes. c) Improcedencia de notificación edictal sin previo intento de notificación personal. **6. Invalidez del acto administrativo.** A) Indefensión inexistente en la omisión del trámite de audiencia. B) Anulación improcedente por respuesta conjunta a las alegaciones en el trámite de información pública. C) Nulidad de acto dictado por órgano manifiestamente incompetente: revisión de un proyecto de reparcelación. D) Nulidad de acto dictado por órgano manifiestamente incompetente: resolución de una reclamación de responsabilidad patrimonial por el Rector de la UNED y autonomía universitaria. E) Nulidad de actuaciones sobre suelo urbanizable no programado. F) La declaración de nulidad de un Plan General implica la nulidad de actos y trámites que traen causa de él. **7. Eliminación del acto.** A) Revisión de oficio. a) Control jurisdiccional de petición de declaración de nulidad de oficio denegada por silencio. b) Nulidad de revocación

de autorización sin procedimiento de revisión de oficio, ni declaración de lesividad ni invocación de rectificación de errores. B) Error material. a) Error material patente: calificación de película británica como norteamericana. b) Inexistencia de error material cuando existe un error de derecho.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de febrero a marzo de 2005 con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo, y de los meses de febrero a junio de 2005 por lo que respecta a las de los Tribunales Superiores de Justicia, además de algunos pronunciamientos de 2004.

De entre todas las sentencias analizadas en este período merece ser destacada la **STS de 18 de febrero de 2004**, Ar. 4089, relativa a la doctrina jurisprudencial y del Consejo de Estado con respecto a los llamados “informes determinantes”. Igualmente, resulta destacable la **STSJ de Madrid de 4 de abril de 2005**, que concluye afirmando la incompetencia de la Universidad Nacional de Educación a Distancia para resolver las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se presenten ante ella derivadas de su actuación.

## 2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

### A) Distinción con disposiciones generales

La **STSJ de Madrid de 6 de mayo de 2005**, Ar. 328, recuerda que aunque no siempre haya sido fácil la distinción entre normas reglamentarias promulgadas con destino a una pluralidad limitada de sujetos pasivos y actos administrativos singulares con efectos frente a un número indeterminado de sujetos, es pacífica la conclusión de que son claramente diferenciables, tanto por la finalidad de los primeros (están destinados a regular de modo permanente determinadas situaciones o el efecto de ciertos actos, obedeciendo al principio de “no consunción”, mientras que los actos administrativos propiamente dichos se agotan en virtud de su aplicación), como por la circunstancia de que las normas reglamentarias dan lugar a la existencia de derechos y deberes, ya sea de carácter general, ya en relación con una situación concreta, como puede ser la organización administrativa interna del Ente de que se trate.

Conforme a reiterada jurisprudencia, para distinguir tales disposiciones de los simples actos, resoluciones o acuerdos administrativos, ni siquiera ha de estarse a la forma cómo la norma se adopte, sino a su contenido y principalmente a las particularidades que la caracterizan y en razón de sus destinatarios; precisa acudir a la consuntividad y ordinamentación del precepto, en el sentido de que, generalmente, el acto administrativo se

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

caracteriza porque su cumplimiento agota el acto y, por el contrario, la norma, con su cumplimiento, no se agota; y, por otro lado, el acto administrativo, bien tenga contenido particular o general es un acto ordenado, y el acto norma, al estar imbuido de un carácter ordinamental, se integra en el ordenamiento. Las disposiciones de carácter general tienen una finalidad normativa y se integran en el Ordenamiento jurídico, en tanto que los actos administrativos, tengan por destinatario un solo sujeto o una pluralidad de ellos, siempre persiguen una finalidad particularizada.

A la vista de tales consideraciones, el Tribunal concluye afirmando que, en el caso en cuestión, no puede calificarse como “disposición de carácter general” a un convenio celebrado entre dos ayuntamientos para la prestación conjunta del servicio de autotaxi.

### 3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. INICIACIÓN, TRAMITACIÓN Y FINALIZACIÓN

#### A) Informes

#### a) Existencia de “informes determinantes” cuya solicitud interrumpe el plazo máximo para resolver

La STS de 18 de febrero de 2004, Ar. 4089, tiene oportunidad de pronunciarse acerca de la resolución de una solicitud planteada por un partido político al amparo de la Ley 43/1998, de 15 de diciembre, de Restitución o Compensación a los partidos políticos de bienes y derechos incautados en aplicación de la normativa sobre responsabilidades políticas del período 1936-1939; y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 610/1999, de 16 de abril. En concreto, la cuestión que se le plantea, en lo que aquí interesa, está relacionada con la interrupción del plazo máximo para resolver por solicitud de informes y su relación con la figura del silencio administrativo.

El Tribunal recuerda que el artículo 42.5 LRJPAC permite que se suspenda el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar su resolución, en los casos que cita, entre los cuales se encuentran los siguientes: a) cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71 de la presente Ley...; c) cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órganos de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo no podrá exceder de tres meses.

El Tribunal considera que consta debidamente documentado en el expediente la existencia de requerimientos al Partido recurrente recabando información, cuyos efectos interrumpi-

vos pueden incluirse en el apartado a) del artículo 42.5, además de informes solicitados a la Abogacía del Estado e Intervención General de la Administración del Estado, incluíbles en el apartado c) del mismo, que arrojan un lapso temporal de interrupción suficiente para entender superado el plazo de tres meses a que se refiere el actor como tiempo de retraso en la notificación de la resolución.

El Tribunal recuerda que, esta misma Sala, en relación con esos informes, ha dicho que:

“(…) A juicio de esta Sala, los informes, ambos preceptivos, que debían emitir tanto la Abogacía del Estado en el Ministerio de Hacienda como la Intervención General de la Administración del Estado revisten una importancia singular en el esquema abstracto del procedimiento regulado por el Real Decreto que, por ello, les dedica una mención específica en su artículo 12.

Ambos informes son exigidos por el Reglamento con carácter nominativo precisamente a la vista de las complejas circunstancias que presenta el proceso de restitución o compensación de los bienes incautados, proceso cuya complejidad jurídica, monetaria y económica se pone de manifiesto con sólo enumerar los numerosos problemas de los tres órdenes que hemos debido afrontar (...).

Según el designio reglamentario, precisamente para contar con una opinión cualificada desde el punto de vista jurídico y financiero, el Consejo de Ministros, que aquí actúa en el ejercicio de potestades estrictamente regladas, ha de ponderar y tomar en consideración de modo ineludible el parecer de dos órganos de reconocida competencia en sus respectivos ámbitos y, aunque dicho parecer no le vincule, para separarse de él debe hacerlo de modo motivado [artículo 54.1.c) de la LRJPAC].

Además, el hecho de que los dos informes hayan de emitirse una vez finalizada la instrucción y redactadas las correspondientes propuestas de resolución de las solicitudes corrobora la conclusión de que se trata con ellos de ofrecer al órgano finalmente decisor, no ya al que instruye, una opinión cualificada que el Reglamento considera insustituible (de ahí su carácter preceptivo) y, aun no siendo vinculante, de tal relevancia que bien puede calificarse como ‘determinante’ del contenido de la resolución misma, en el sentido –ciertamente, no exento de ambigüedad– que a este término da el artículo 42, apartado 5, letra c), de la Ley 30/1992, antes citada.

Sobre los rasgos de esta nueva categoría de informes (preceptivos y no vinculantes pero sí determinantes del contenido de la resolución) a los que se refiere el citado artículo 42 no es fácil hacer consideraciones en abstracto y resulta preferible acometer, caso por caso, el análisis de las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

En términos generales, enfrentado el Consejo de Estado con una consulta que le dirigió el Gobierno precisamente en torno a esta nueva categoría de informes, consideró (Dictamen de 8 de julio de 1999) que por tales había que entender ‘los que fijan o permiten fijar

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

su sentido; los que definen el alcance de la resolución, por utilizar la expresión de la acepción sexta y jurídica del verbo ‘determinar’ contenida en el Diccionario de la Lengua Española’.

A juicio del Alto Cuerpo Consultivo, ‘esta especial incidencia en la resolución, comporta que no todos los informes evacuados en el seno de un procedimiento puedan ser calificados de determinantes, pues no todos ellos, aunque ayuden a formar el juicio de la Administración Pública, tienen la eficacia descrita. Sólo tienen tal carácter los que ilustran a los órganos administrativos de tal manera que les llevan a poder resolver con rigor y certeza en un procedimiento; los que les permiten derechamente formarse un juicio recto sobre el fondo del asunto, de tal suerte que, sin ellos, no cabría hacerlo’.

En sintonía con esta premisa, y para el caso de los procedimientos instruidos por el Ministerio de Fomento en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado, el Consejo de Estado, reconociendo igualmente la dificultad de emitir juicios en abstracto sobre esta materia, consideró que tenían aquel carácter, y por lo tanto, eficacia interruptiva del plazo para resolver, los informes emitidos ‘por el servicio administrativo causante del daño o del que dependa la obra o el servicio público que lo causó; el del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo y el del Consejo de Estado’. Enumeración que no era exhaustiva pues el Alto Cuerpo Consultivo reconocía expresamente que ‘existen o pueden existir otros que tengan tales cualidades, como son, en determinados supuestos, los de la Abogacía del Estado, de la Intervención de la Administración General del Estado (Ley General Presupuestaria, artículo 93.2), los de la Inspección General del Departamento, entre otros’.”

A la vista de toda esta doctrina, el Tribunal Supremo concluye considerando acertada esta interpretación que del artículo 45.2 LRJPAC hace el Consejo de Estado en el dictamen parcialmente transcrito, considerando que precisamente el de autos es uno de los supuestos singulares en que la especificidad del papel asignado a la Abogacía del Estado y a la Intervención de la Administración General del Estado, tal como está contemplado en el Real Decreto 610/1999, confiere a sus informes preceptivos la aptitud necesaria para “determinar” el contenido de la resolución final, si entendemos por tal “determinación” la que procede de uno de los elementos clave para conformar la voluntad del órgano decisor.

### **B) Silencio administrativo**

#### **a) Solicitud de suspensión del acto y silencio administrativo**

La STS de 5 de mayo de 2005, Ar. 4400, reitera la interpretación que realiza la Sala de instancia del artículo 111.3 de la LRJPAC. Para el Tribunal, se deduce sin género de dudas de este precepto que el plazo de treinta días lo otorga la Ley expresamente para dictar la resolución, sin incluir en el mismo la posterior notificación para la que cuenta el plazo de diez días previsto en el artículo 58.2 del mismo cuerpo legal. Esto es así en la medida en que la Ley establece el mencionado plazo de 30 días para dictar la resolución sobre la medida cautelar solicitada, y no existe fundamento alguno para reducir dicho plazo en

el lapso indeterminado que resulte necesario para incluir la notificación en los 30 días establecidos.

#### **b) Imposibilidad de adquirir por silencio una licencia para actividades molestas**

La STSJ de Madrid de 12 de mayo de 2005, Ar. 422, recoge una constante jurisprudencia que declara que no es aplicable el régimen de la obtención por silencio administrativo a las licencias referidas a las actividades de que se trata el artículo 1 del Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo, de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas. Por tanto, tratándose de actividades calificadas no opera el silencio positivo si no ha existido la denuncia de mora prevista en el artículo 33.4 del Reglamento. de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

### **4. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

#### **A) Motivación**

##### **a) Motivación suficiente en la denegación de traslado de estación de servicios**

El TS, en su STS de 22 de febrero de 2005, Ar. 2601, considera que la sentencia de la Sala de instancia ha incurrido en error jurídico al calificar de insuficientemente motivada la resolución de la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento, porque esta decisión, que debe integrarse con los informes técnicos que constan en el expediente administrativo y con la propuesta de resolución formulada por la Subdirección General de Conservación y Explotación, que contiene una pormenorizada relación de las circunstancias fácticas y jurídicas concurrentes, que ratifica el propio Director General, expresa de forma precisa la causa jurídica que motiva la denegación de construcción de la estación de servicio proyectada “por proponer accesos no previstos que no son de interés público y sin que se justifique la imposibilidad de otro tipo de accesos y que afectarían negativamente a la seguridad de la circulación viaria”, que se apoya de forma fundada en la aplicación del artículo 28 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras y en los artículos 68 y 102 de su Reglamento.

##### **b) Motivación suficiente en la elección del sistema de expropiación**

La STS de 16 de febrero de 2005, Ar. 2348, considera que existe una motivación suficiente en la elección de la expropiación como sistema de ejecución del planeamiento porque, como declara probado la Sala de instancia en la sentencia recurrida, aparece en el expediente un informe técnico en el que se razona de forma suficiente la inidoneidad de los sistemas de compensación y cooperación para desarrollar la unidad de ejecución.

## 5. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

### A) Notificación

#### a) Innecesariedad de notificación personal cuando existe una pluralidad de sujetos

La STS de 5 de marzo de 2005, Ar. 2978, sostiene que en el caso del que conoce, esto es, un procedimiento de otorgamiento de autorizaciones de apertura de farmacia, es resolución dirigida a una pluralidad indeterminada de personas, y por ello se adoptó el medio de publicidad idóneo para estos casos, su publicación, y no la notificación personal.

#### b) Impugnación jurisdiccional de un acto que no agota la vía administrativa por notificación con incorrecta indicación de recursos procedentes

La STSJ de Extremadura de 25 de mayo de 2005, Ar. 311, analiza una resolución que fue notificada a la actora con indicación de que contra la misma no cabía recurso administrativo por agotar la vía administrativa, y que era procedente el recurso contencioso-administrativo. Las actuaciones muestran que ese error, no agotar la vía administrativa, no se ha producido por decisión del administrado y sí porque la Administración le indicó, que frente a la resolución impugnada no cabía recurso administrativo y lo remitió a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y siendo ello así no cabe acordar la inadmisibilidad ni la vuelta atrás de las actuaciones, pues lo vedan los principios de seguridad y economía procesal. Esa circunstancia negativa en ningún caso puede perjudicar al interesado, puesto que se trata de un acto de recurso no ofrecido al recurrente por la Administración, contrariando su deber jurídico de notificar correctamente los actos administrativos, requisito que deja de ser exigible cuando la propia Administración parece renunciar a él. Resulta contrario a las exigencias de la buena fe denunciar del recurrente el incumplimiento de una conducta previa que la Administración ha provocado, conforme al aforismo *allegans turpitudinem propriam non auditur*. Así lo ha manifestado reiteradamente el Tribunal Supremo.

Por todo ello, el Tribunal estima el recurso de apelación en cuanto que declaró la inadmisibilidad, y afirma que procede entrar a valorar el fondo de la cuestión.

#### c) Improcedencia de notificación edictal sin previo intento de notificación personal

La STSJ de Murcia de 8 de junio de 2005, Ar. 343, afirma que, a la vista de las actuaciones, queda claro que el intento de notificación llevado a cabo, devuelto por el servicio de correos, no integra el concepto indeterminado del artículo 59.4, de imposibilidad en la práctica de la notificación intentada para que pueda procederse, de forma subsidiaria a la notificación edictal. El intento único de notificación por correo con acuse de recibo, no es válido, pues no garantiza el derecho de los ciudadanos a ser notificados de los actos administrativos que les afecten. No haciéndolo así, la notificación por edictos no es válida.

Es evidente que, al no haberse notificado al interesado la resolución que pone fin a la vía administrativa, ésta no adquiere firmeza y no puede ser ejecutada como la Administración pretende, siendo nula de pleno derecho toda la actuación realizada con posterioridad.

## **6. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

### **A) Indefensión inexistente en la omisión del trámite de audiencia**

La STS de 16 de marzo de 2005, Ar. 3264, considera que, en el presente caso, no existen motivos determinantes de la nulidad del acto impugnado a consecuencia de la omisión del preceptivo trámite de audiencia al no apreciar la Sala la efectiva indefensión producida al recurrente que ha tenido oportunidad en la instancia y en la vía casacional de proporcionar las razones oportunas y las pruebas necesarias para defender la existencia de su derecho a la pretendida exigencia de responsabilidad administrativa, por lo que, ante la ausencia de una efectiva y real indefensión y de conformidad con la doctrina de esta Sala, la falta de audiencia no ha de comportar, por las razones de economía procesal alegada por la sentencia recurrida, la anulación del acto impugnado.

En sentido similar, la STS de 10 de marzo de 2004, Ar. 2943, que conoce de la falta de audiencia en un procedimiento de deslinde administrativo, en el que los servicios de la Delegación de Hacienda trataron una y otra vez de identificar a quienes pudieran estar interesados, dando el trámite de audiencia y posibilitando alegar en el expediente administrativo a quienes aparecían como reales o posibles titulares de las fincas afectadas.

### **B) Anulación improcedente por respuesta conjunta a las alegaciones en el trámite de información pública**

La STS de 12 de marzo de 2004, Ar. 2946, considera procedente que la Administración haya agrupado las múltiples alegaciones formuladas en el trámite de información pública para dar respuesta común a todas las que planteasen cuestiones sustancialmente iguales, como autoriza el artículo 86.3, párrafo segundo, LRJPAC.

### **C) Nulidad de acto dictado por órgano manifiestamente incompetente: revisión de un proyecto de reparcelación**

La STS de 9 de marzo de 2005, Ar. 2624, anula un acto dictado por la Comisión de Gobierno de un Ayuntamiento que decide sobre una petición de revisión de un Proyecto de Reparcelación aprobado por el Pleno del Ayuntamiento, por tratarse de un órgano incompetente. Así se deduce del artículo 23 de la Ley de Bases de Régimen Local, que le atribuye sólo (aparte de la asistencia al Alcalde) aquellas competencias que le hayan sido delegadas por el Pleno o por el Alcalde. La competencia en cuestión, corresponde al Pleno del Ayuntamiento, pues la LRJPAC, en su redacción originaria, aquí aplicable, atribuye al “órgano competente en la materia” la competencia para declarar la lesividad de los actos municipales (artículo 103.4), lo que constituye una competencia análoga a la de revisar-

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

los por nulidad de pleno derecho o por infracción manifiesta del ordenamiento jurídico. Y el órgano competente para aprobar los Planes y demás instrumentos de “ordenación y gestión previstos en la legislación urbanística” es el Pleno del Ayuntamiento, tal como disponía la redacción originaria aquí aplicable del artículo 22.2.c) de la Ley de Bases de Régimen Local. Así que el Pleno del Ayuntamiento, como “órgano competente en la materia” (urbanística) lo es también para decidir sobre una solicitud de revisión de un acto municipal.

El Tribunal precisa que aunque esta falta de competencia no sea “manifiesta” [artículo 62.b) LRJPAC], en cuyo caso el acto sería nulo de pleno derecho, se trata de un acto que incurre en una infracción del ordenamiento jurídico (a saber, las normas que regulan la competencia), y es por ello anulable (artículo 63.1 LRJPAC).

### **D) Nulidad de acto dictado por órgano manifiestamente incompetente: resolución de una reclamación de responsabilidad patrimonial por el Rector de la UNED y autonomía universitaria**

La STSJ de Madrid de 4 de abril de 2005, Ar. 247, conoce de un supuesto en el que la autoridad que dicta la resolución presunta de desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial es el Rector de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), pues es a él al que claramente dirige el actor su escrito de petición y emite la resolución presunta. Siguiendo la doctrina reiterada por el Tribunal Supremo se desprende que las Universidades son entidades públicas a las que corresponde la realización del servicio público de la educación superior, y cuya autonomía reconocida en la Constitución (artículo 27.1º) dentro del marco del derecho fundamental a la educación y de la libertad de enseñanza, no supone desvinculación total respecto de la Administración General del Estado.

Pues bien, como la autonomía universitaria no tiene –según la jurisprudencia del Tribunal Supremo– ninguna repercusión en la conceptualización de la Universidad como parte esencial de la Administración Educativa, es por ello por lo que la denegación impugnada, aunque presunta, se ha de entender imputada a un órgano con nivel orgánico inferior a Ministro o Secretario de Estado, e integrado en una Entidad –la UNED– que tiene ámbito nacional y que ejerce sus actividades en todo el territorio español, por lo que hay que considerarla a todos estos efectos incardinada en la Administración General del Estado, y por tal motivo debería haber sido resuelta no por ella, sino por el Ministro respectivo.

Así pues, como en este caso ha resuelto incorrectamente el Rector de la UNED, el Tribunal declara nula su resolución con base en los artículos 62 y siguientes de la LRJPAC, por ser dictada por órgano manifiestamente incompetente por la materia [artículo 62.1.b)], sin que pueda hacerse depender tal anulación –de inexcusable pronunciamiento por ser de orden público– de la obligación que tiene dicho órgano administrativo de remitir la referida petición al órgano competente, en este caso al Ministerio de Educación y Ciencia, tal y como establece el artículo 20 de la LRJPAC, al señalar que el órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, si éste pertenece a la misma Administración Pública.

**E) Nulidad de actuaciones sobre suelo urbanizable no programado**

La STSJ de Andalucía de 19 de abril de 2005, Ar. 308, considera que la Corporación demandada prescindió absolutamente de las previsiones normativas establecidas para actuar en suelo urbanizable no programado, poniendo en marcha el mecanismo de la expropiación y del consiguiente desahucio administrativo por ruina inminente sin sustento en el debido procedimiento y sin instrumento programático alguno, lo que vicia de nulidad los actos recurridos por mor de lo dispuesto en el artículo 63.1 LRJPAC.

**F) La declaración de nulidad de un Plan General implica la nulidad de actos y trámites que traen causa de él**

La STS de 2 de marzo de 2004, Ar. 3842, afirma que resulta inatacable que la declarada nulidad de un Plan General de Ordenación Urbana, acarrea necesariamente la de los actos basados y fundados en tal Plan del que son mera emanación, por lo que no cabe hablar de conservar ninguno de esos actos.

**7. ELIMINACIÓN DEL ACTO****A) Revisión de oficio****a) Control jurisdiccional de petición de declaración de nulidad de oficio denegada por silencio**

La STS de 18 de marzo de 2004, Ar. 3609, citando numerosa jurisprudencia al respecto, reitera su doctrina referida a los casos en los que los particulares instan ante la Administración la acción de nulidad que, para la revisión de los actos nulos que dicten las Administraciones Públicas, prevé el artículo 102 LRJPAC.

La Jurisprudencia ha entendido que en los supuestos de total inactividad en que la Administración, frente a la acción de nulidad del particular, da lugar a denegación presunta por silencio, así como en los casos de resolución expresa denegatoria, que, de una forma u otra, rechaza la petición de nulidad y no la somete al trámite previsto de audiencia de los afectados y dictamen preceptivo y vinculante del Consejo de Estado, lo procedente, una vez recurridos en vía contencioso-administrativa estos actos administrativos denegatorios, no es el examen directo de la validez del acto o de la norma o de su pretendida nulidad radical sino el que la Administración someta la petición o acción al procedimiento formal revisorio que dice el precepto, recabando el dictamen del Consejo de Estado y resolviendo en consecuencia. Una solución contraria no encuentra apoyo en el principio de tutela judicial efectiva ni en el de economía procesal.

La jurisprudencia de este Tribunal ha distinguido tradicionalmente dos fases en este tipo de procedimientos. La primera comprende la apertura de un expediente en el que, tras los trámites pertinentes, la Administración determina *prima facie* si el acto adolece o no de

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

los vicios que determinarían su revisión. En caso de que la conclusión sea afirmativa se abre la segunda fase que incluye la solicitud de dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma equiparable a él y la decisión de anular o no el acto de que se trate, según el dictamen que se emita. Pues bien la jurisprudencia ha venido declarando en forma constante que en los casos en que no se ha tramitado el procedimiento completo, en las dos fases que se acaban de enunciar, no se puede entrar en el fondo de la revisión en vía jurisdiccional en el procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos y disposiciones generales. El examen de fondo está condicionado, por ello, a la previa tramitación del procedimiento adecuado por la Administración autora del acto o reglamento sujeto a revisión, del que es pieza esencial el dictamen favorable del Consejo de Estado, de tal manera que, eludido dicho trámite, bien por total inactividad que desemboca en desestimación presunta por silencio, bien por resolución expresa que deniega la revisión quedándose en la primera fase, lo procedente no es que la Jurisdicción entre a conocer del acto o la norma, sino que en su caso, ordene a la Administración que inicie el trámite de la segunda fase y la concluya dictando la pertinente resolución expresa en orden a si existe la nulidad o anulabilidad pretendida.

### **b) Nulidad de revocación de autorización sin procedimiento de revisión de oficio, ni declaración de lesividad ni invocación de rectificación de errores**

La STSJ de Andalucía de 30 de septiembre de 2004, afirma que ni en el texto de la resolución que se impugna, ni en el expediente administrativo, aparece procedimiento alguno que justifique la revocación de un acto administrativo que realiza el acto impugnado. No hay trámite alguno de los regulados en la LRJPAC para la revisión de oficio, artículos 102 a 106. Es decir, no existe procedimiento de revisión de oficio en sentido estricto, ni de declaración de lesividad, ni tan siquiera una invocación de rectificación de errores. Aunque la Administración no lo haya dicho, considera el Tribunal que tampoco sería invocable la existencia de la potestad contenida en el artículo 105.1 LRJPAC respecto de la revocación, en cualquier momento, de un acto administrativo, pues para el ejercicio de esta facultad se precisa que el acto sea de gravamen o desfavorable para el administrado. Y el acto revocado en este caso era claramente favorable para la recurrente. Por tanto el acto debe declararse nulo porque no se ha sometido al procedimiento legalmente establecido para su emisión, de acuerdo con la causa de nulidad contemplada en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992.

### **B) Error material**

#### **a) Error material patente: calificación de película británica como norteamericana**

La STS de 9 de mayo de 2005, Ar. 4289, enuncia la jurisprudencia de esta Sala sobre lo que ha de entenderse por error de hecho: que se trate de simples equivocaciones de nombres, fechas, operaciones aritméticas, transcripciones de documentos (1); que sea patente y claro sin necesidad de acudir a documentos (2); que se aprecie a la vista del expediente administrativo (3); que no se proceda de oficio a la revisión de actos firmes y consentidos (4); que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto, pues no

hay error material cuando es precisa una valoración para percibirlo (5); que no padezca la subsistencia del acto administrativo (6). Tras esto, recuerda que, constatado el error, debe procurarse la correspondencia del acto administrativo con la realidad siempre que la Administración no pretenda por esta vía encubrir una potestad revocadora que eluda los trámites formales establecidos para la declaración de nulidad o para la anulación. Y, por último, concluye estimando que, en este caso, se daban los presupuestos necesarios para considerar que se había producido un error material, ya que se califica como de nacionalidad norteamericana una película británica.

### **b) Inexistencia de error material cuando existe un error de derecho**

La STSJ de Canarias de 18 de febrero de 2005, Ar. 272, recoge las afirmaciones contenidas en la STS de 25 de mayo de 1999, Ar. 5075, en relación con el error material, en el siguiente sentido: “por lo que para aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se requiere que concurran, en esencia, las siguientes circunstancias”, entre otras que “no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica), que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión”.

Así pues, no es lícito aplicar la técnica del error de hecho a cuestiones, como sucede en el caso enjuiciado, que realmente, de ofrecer algún posible error, sería de derecho por afectar al sentido e interpretación dados a determinadas normas o fuentes legales. En concreto, en el caso sucede que la Administración, en el recurso de alzada que se interpone frente a una sanción, bajo la apariencia de un supuesto error de hecho, lo que hace es modificar los sujetos imputados como consecuencia de un cambio en la tipificación de la infracción (se pasa de considerar que en la construcción de unas viviendas de protección oficial el defecto constructivo se produce en la ejecución del contrato, a sostener que se origina por defectos en el proyecto).

JULIA ORTEGA BERNARDO  
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

## Contratos de las Administraciones Públicas

### Sumario:

**1. Consideración preliminar. 2. Contratos administrativos y contratos privados.** A) El contrato por el cual un Ayuntamiento cede el uso o aprovechamiento de bienes patrimoniales, es de naturaleza privada. **3. Actos preparatorios y requisitos de los contratos.** A) Los criterios que deben contener los Pliegos de condiciones administrativas particulares para la adjudicación de un concurso han de ser siempre de carácter objetivo. **4. Formas de adjudicación.** A) Concurso. a) En el concurso la Administración sólo tiene potestad discrecional a la hora de establecer los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, y no en el momento de su resolución. b) La no impugnación de los pliegos de cláusulas administrativas de un concurso por parte de los licitadores ante la ausencia de criterios objetivos pre-determinados en ningún caso supone la convalidación de la decisión inmotivada que pueda poner fin a dicho concurso. c) La notificación de la adjudicación del concurso a los demás participantes en la licitación, incluye, previa petición de los interesados, la notificación de los motivos del rechazo de su proposición y las características de las proposiciones del adjudicatario determinantes de la adjudicación a su favor. **5. Ejecución de los contratos.** A) Imposición de penalidades por incumplimiento contractual. Limitadas por la equidad. B) Determinación del órgano competente para conocer de la solicitud de indemnización por los perjuicios sufridos por la paralización del contrato ante el traspaso de competencias del Estado a la Comunidad Autónoma. **6. Extinción de los contratos.** A) Cuestiones formales. a) En un procedimiento de resolución contractual no rigen ni los plazos ni los efectos del silencio contemplados en la LRJPAC. b) Exigencia de informe del Consejo de Estado ante la resolución por falta de constitución de la garantía definitiva del adjudicatario si éste muestra su oposición. **7. Contratos administrativos típicos.** A) Contrato de obra. a) Posibilidad de establecer en la contratación local plazos distintos de demora con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de 1995. b) El anatocismo sólo puede reclamarse si los intereses de demora están fijados.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

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

## 2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

### A) El contrato por el cual un Ayuntamiento cede el uso o aprovechamiento de bienes patrimoniales, es de naturaleza privada

La STS de 16 de marzo de 2005, Ar. 3672, establece en su FD 7º que un contrato sobre cesión del uso o aprovechamiento de bienes patrimoniales del Ayuntamiento con el fin de su explotación como cantera, es un contrato de carácter privado.

## 3. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

### A) Los criterios que deben contener los Pliegos de condiciones administrativas particulares para la adjudicación de un concurso han de ser siempre de carácter objetivo

La STS de 15 de marzo de 2005, FD 3º, Ar. 3667, establece que una cláusula que se incluye en unos determinados pliegos de condiciones administrativas particulares bajo la rúbrica de “criterios que serán estimados por la Mesa para formular su propuesta”, y que contiene criterios basados en la experiencia profesional y en proyectos concretos realizados por los concursantes, contraviene lo dispuesto en el antiguo artículo 87 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas (actual artículo 86 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000). La sentencia argumenta que el mencionado artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas:

“(…) fija una serie de criterios para la adjudicación de los concursos que tienen carácter objetivo. El propio precepto dispone que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se establecerán los ‘criterios objetivos’ que han de servir de base para la adjudicación, enumerando una serie de ellos y admitiendo que puedan incluirse otros ‘semejantes’, esto es, otros criterios que también deben tener carácter objetivo. En cambio, el artículo 8.2 del Pliego de Cláusulas impugnado menciona exclusivamente criterios de marcado carácter subjetivo, referidos a experiencia profesional del concursante o a los proyectos concretos realizados. (...) si comparamos el tipo de condiciones a que se refiere el artículo 87 de la Ley de Contratos con las que estableció la Universidad de Córdoba, observamos

cómo la desviación de unas con respecto a las otras es radical, pues si la Ley contempla condiciones de tipo exclusivamente objetivo relativas al proyecto mismo, el Pliego regula requisitos de naturaleza únicamente subjetiva y relativos a los concursantes, no al proyecto, lo cual conduce a afirmar que la cláusula 8.2 del Pliego es ilegal por vulnerar el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...)

### 4. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

#### A) Concurso

**a) En el concurso la Administración sólo tiene potestad discrecional a la hora de establecer los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, y no en el momento de su resolución**

La STS de 9 de diciembre de 2004, FD 7º, Ar. 31, de acuerdo con la doctrina asentada por el Alto Tribunal afirma que “(...) si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurren al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquéllos no acontece lo mismo con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la Administración debe respetar absolutamente las reglas previamente establecidas por ella en el correspondiente pliego (...)”.

En el mismo sentido, *vid.* también la STS de 25 de mayo de 2005, FD 5º, Ar. 4415.

**b) La no impugnación de los pliegos de cláusulas administrativas de un concurso por parte de los licitadores ante la ausencia de criterios objetivos predeterminados en ningún caso supone la convalidación de la decisión inmotivada que pueda poner fin a dicho concurso**

En consonancia con la reiterada doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 20 y 21 de julio de 2000, y 19 y 24 de junio y 12 de julio de 2004), la STS de 29 de marzo de 2005, FD 3º, Ar. 3114, argumenta que “(...) lo que se persigue con la expresión motivada de las razones que han conducido a efectuar la adjudicación en un concurso es evitar la arbitrariedad, fomentar los principios de libre concurrencia e igualdad de oportunidades y otorgar razonabilidad a una decisión que siempre debe ir encaminada a la mejor satisfacción del interés público (...)”. Por ello considera la sentencia del Alto Tribunal que “(...) La tolerancia –por virtud de la inactividad de los concursantes– de la ausencia de unos criterios objetivos predeterminados en la adjudicación que consten en el mismo Pliego de Condiciones del concurso, no supone la convalidación de la decisión inmotivada que pueda poner fin al mismo (...)”.

**c) La notificación de la adjudicación del concurso a los demás participantes en la licitación, incluye, previa petición de los interesados, la notificación de los motivos del rechazo de su proposición y las características de las proposiciones del adjudicatario determinantes de la adjudicación a su favor**

La STS de 16 de diciembre de 2004, FD 2º, Ar. 814, afirma que el “(...) artículo 89 de la LCAP (actual artículo 86 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000) establece que el concurso se adjudicará tras motivar, en todo caso, con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego. Constituye pues, la motivación, conforme al artículo 54.2 LRJPAC un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por la Mesa de contratación para, en su caso, impugnar la adjudicación. En tal sentido resulta claro el contenido del artículo 94 LCAP (actual artículo 93 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000) que obliga no sólo a notificar a los demás participantes en la licitación la adjudicación del contrato sino, incluso, a notificar, previa petición de los interesados, los motivos del rechazo de su proposición y las características de las proposiciones del adjudicatario determinantes de la adjudicación a su favor (...)”.

En el mismo sentido, vid. también la STS de 9 de diciembre de 2004, FD 6º, Ar. 31.

## **5. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS**

### **A) Imposición de penalidades por incumplimiento contractual. Limitadas por la equidad**

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 1 de julio de 2005, Ar. 724, ante el incumplimiento del contratista en la ejecución del servicio de limpieza, higienización y actividades complementarias en los colegios públicos y otros servicios municipales de carácter educativo del término municipal de Las Palmas consistente en no aportar determinada maquinaria comprometida en su oferta, declara que la sanción pecuniaria (de carácter contractual) impuesta por la Administración contratante no se rige por los principios del ejercicio de la potestad sancionadora de la administración contenidos en la LRJPAC. No obstante, al apreciar que no se ha ocasionado un perjuicio al servicio, atempera su cuantía con fundamento en el principio de equidad.

Reitera esta idea la STSJ de Cataluña de 26 de mayo de 2005, Ar. 386, afirmando que “(...) cuando la conducta sancionadora se produce en el seno del contrato y el efecto que de ella se deriva se encuentra previsto en el pliego de condiciones, no se está ante una sanción, en sentido estricto, sino ante el ejercicio del privilegio de interpretación, o, el de decisión ejecutiva, en un aspecto específico, del contrato como es el de las ‘cláusulas penales’ (...)” Ahora bien, la Sala afirma que en tal supuesto, la cantidad reclamada como penalidad contractual deberá ser descontada de la fianza definitiva cuando no pueda ser

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

descontada de las correspondientes certificaciones, sin que sea lícito que la Administración pretenda su cobro a través del apremio sobre el patrimonio del contratista.

### **B) Determinación del órgano competente para conocer de la solicitud de indemnización por los perjuicios sufridos por la paralización del contrato ante el traspaso de competencias del Estado a la Comunidad Autónoma**

La STS de 9 de junio de 2005, Ar. 5580, confirma la competencia de la Comunidad Autónoma para resolver la solicitud de indemnización de los perjuicios causados por la paralización de un contrato de obras acordada previamente por la Administración Estatal con anterioridad a la fecha del traspaso de funciones y servicios, puesto que ello implica el traspaso de los derechos y obligaciones correspondientes.

## 6. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

### **A) Cuestiones formales**

#### **a) En un procedimiento de resolución contractual no rigen ni los plazos ni los efectos del silencio contemplados en la LRJPAC**

La STSJ de Madrid de 7 de julio de 2005, Ar. 572, afirma, ignorando el carácter sistemático del ordenamiento jurídico-administrativo, y ante la alegación de que el procedimiento para la resolución de un contrato iniciado por la Administración contratante debía entenderse caducado conforme al artículo 44.2 LRJPAC, que

“(…) en los procedimientos para la adjudicación, ejecución, modificación, resolución y cesión de los contratos deben cumplirse los trámites y producirse los efectos previstos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con independencia de las normas que sobre duración y efectos del silencio se contienen en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Nos encontramos ante un contrato administrativo, lo que determina la preferente aplicación de la normativa en materia de contratación de las Administraciones Públicas, que no contempla la caducidad del expediente para los supuestos de falta de resolución expresa en plazo (…)”.

Igualmente, la Sentencia rechaza la aplicación de la figura del silencio positivo ante la solicitud en vía administrativa de resolución contractual por incumplimiento de la Administración, aduciendo que

“(…) no nos encontramos ante un procedimiento iniciado a solicitud del interesado que deba ser resuelto en un plazo determinado, transcurrido el cual sin recaer resolución expresa deba entenderse estimada la petición por silencio administrativo positivo, como afirma la entidad mercantil recurrente, sino ante el cumplimiento de un contrato administrativo, concretamente, de lo que se trata es de una resolución del contrato, lo que determina la preferente aplicación de la normativa en materia de contratación de las Administraciones

Públicas y de los requisitos que en la misma se establece para dicho resolución. No resulta de aplicación a este caso la figura del silencio administrativo positivo por cuanto que los derechos y obligaciones derivan únicamente del propio contrato, que se encuentra sometido a la normativa reguladora del mismo. En consecuencia, no cabe entender, como hace el recurrente, que la mera solicitud de resolución de un contrato administrativo instada por el contratista, dé lugar a un procedimiento administrativo iniciado a solicitud del interesado en el que la falta de resolución administrativa expresa determine los efectos previstos en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, en la medida en que el procedimiento para la resolución del contrato es el previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...)"

**b) Exigencia de informe del Consejo de Estado ante la resolución por falta de constitución de la garantía definitiva del adjudicatario si éste muestra su oposición**

La STSJ de Madrid de 30 de junio de 2005, Ar. 509, reitera la exigencia del previo informe del Consejo de Estado si el adjudicatario de un contrato administrativo no constituye la garantía definitiva en los 15 días siguientes a la adjudicación, por causas a él imputables. Ciertamente la Administración puede declarar resuelto el contrato, pero en todo caso siempre que el contrato se resuelva antes de su formalización, sea por no haber constituido tal garantía sea por otras causas, el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente, relativo a la procedencia de la resolución, cuando el contratista se oponga a la resolución resulta imprescindible, lo que implica lógicamente que hay que dar audiencia al contratista antes de acordar la resolución, poniendo de relieve cuál es y por qué le es imputable la causa de resolución. Y ello porque, ciertamente, la omisión de la audiencia del contratista previa al acuerdo de resolución puede no tener trascendencia anulatoria si el contratista puede alegar sobre tales causas con ocasión del recurso de reposición contra el Acuerdo resolutorio. Pero el trámite de audiencia del contratista es indispensable si con posterioridad es preciso el informe del Consejo de Estado, y como este informe está condicionado a la oposición del contratista a la resolución del contrato, sólo dando a éste la oportunidad de oponerse cabrá apreciar la procedencia del dictamen del Consejo de Estado.

## 7. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

### A) Contrato de obras

**a) Posibilidad de establecer en la contratación local plazos distintos de demora con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de 1995**

Como precisa la STSJ de Madrid de 30 de junio de 2005, Ar. 474, la legislación sobre contratación en el ámbito local anterior a 1995 permitía a las Corporaciones Locales incluir en los Pliegos de Cláusulas Particulares plazos de demora distintos al de 2 dos meses fijado con carácter supletorio. Ahora bien, tales plazos debían ser determinados, sin que

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

puedan quedar diferidos a la decisión de un tercer sujeto. Desde esta perspectiva considera que remitir el pago a la fecha en que la Comunidad Autónoma ingrese las cantidades con las que financia las obras no es conforme a Derecho y, de forma consecuente, el plazo de demora es el de 2 meses.

Confirma esta posibilidad de establecer un plazo distinto la STSJ del País Vasco de 30 de junio de 2005, Ar. 671.

### b) El anatocismo sólo puede reclamarse si los intereses de demora están fijados

La STSJ de Madrid de 17 de junio de 2005, Ar. 405, reitera, con carácter general, la aplicabilidad de la figura del anatocismo regulada en el artículo 1109 del Código Civil, a la solicitud de intereses de demora en el pago de las certificaciones en los contratos administrativos. No obstante, la STSJ de Madrid de 30 de junio de 2005, Ar. 474, puntualiza que la solicitud de intereses sobre los intereses de demora requiere como presupuesto ineludible el que la cantidad sobre la que se calculan estos intereses de los previos intereses de demora, sea líquida. Y ello exige que la misma esté previamente determinada o que su determinación dependa exclusivamente de meras operaciones aritméticas aplicables sobre unos parámetros indiscutibles, es decir, que tales parámetros –cuantía de los intereses de demora, fechas inicial o final para su cálculo– estén ya previamente determinadas. En consecuencia, si el *dies a quo* para el inicio del cómputo de los intereses de demora no estaba determinado ni era pacífico cuando se interpone el recurso, sino que es la sentencia la que lo fija, no pueden considerarse líquidas las cantidades sobre las que se piden los intereses de los intereses.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO  
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO



**VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA****Sumario:**

**1. Administración Autónoma. Consejo de Gobierno de Comunidad Autónoma: posibilidad de que adopte acuerdos sobre asuntos que considere urgentes, no incluidos en el orden del día. Requisitos. 2. Administración local.** A) Autonomía local. a) Invasión de las competencias exclusivas del Estado: la autonomía local no equivale a soberanía. B) Alteración de términos municipales. a) La autonomía local no garantiza la inalterabilidad de los límites territoriales de un municipio. El referéndum consultivo sobre la segregación del municipio es potestativo para la Administración pero no obligatorio. b) La segregación de municipios no es ningún derecho de los vecinos, sino que depende del juicio discrecional de la Administración autónoma responsable final de la ordenación territorial. c) La constitución de un nuevo municipio por segregación es una cuestión que no queda amparada por la autonomía municipal. Corresponde a la Comunidad Autónoma regular los requisitos materiales exigibles en la creación o segregación de municipios. C) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales. a) Derecho a la información. El secreto de las comunicaciones limita el derecho a obtener información sobre facturas de teléfonos municipales, impidiendo que se conozcan los números de los destinatarios de las llamadas, pero no el gasto correspondiente. b) La privación a un concejal de su derecho a solicitar la votación sobre el aplazamiento de la discusión del expediente hasta la siguiente sesión vulnera el artículo 23.2 de la Constitución y no queda legitimada por la invocación del artículo 197bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (cuestión de confianza). D) Impugnación de actos y acuerdos de las Entidades Locales. a) Legitimación de la Administración del Estado para impugnar acuerdos locales contrarios a legalidad tras la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Aplicabilidad de los artículos 65 a 67 de la Ley de Bases del Régimen Local. b) Impugnación de actos y acuerdos de las entidades locales por miembros de la Corporación: el cómputo de los plazos depende de que el concejal formase parte o

no del órgano que toma la decisión. E) Comisiones informativas: sus informes deben encontrarse a disposición de los miembros de la Corporación en el momento de la convocatoria de la sesión. F) Padrón municipal. Revisión **3. Administración Institucional.**

A) Naturaleza jurídica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT): La AEAT no es propiamente Administración General del Estado, sino que pertenece a lo que tradicionalmente se ha denominado “Administración institucional”. B) Las Sociedades Mercantiles Públicas deben cumplir los límites establecidos en las Leyes de Presupuestos en relación con el personal a su servicio puesto que están comprendidas dentro del sector público. **4. Federaciones Deportivas. Las Federaciones Deportivas no ejercen competencias delegadas del Consejo Superior de Deportes y, en consecuencia, sus actos son impugnables ante las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.** **5. Colegios profesionales.** A) Respeto a los derechos adquiridos de los Procuradores de los Tribunales por alteración de Demarcación Judicial. B) Corresponde al legislador regular el ejercicio de profesiones tituladas.

### **1. ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA. CONSEJO DE GOBIERNO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA: POSIBILIDAD DE QUE ADOPTE ACUERDOS SOBRE ASUNTOS QUE CONSIDERE URGENTES, NO INCLUIDOS EN EL ORDEN DEL DÍA. REQUISITOS**

La STSJ de Cantabria de 20 de mayo de 2005, Ar. 282, desestima el recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de diciembre de 2003, sobre jornada de trabajo del personal de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud. Entre otros motivos la desestimación es debida (FJ 4º) a que contrariamente a lo que alega el recurrente, el acuerdo impugnado no se ha adoptado con defectos de forma o procedimiento, puesto que, de acuerdo con el artículo 26.3 de la Ley 30/1992, para poder deliberar o adoptar acuerdos sobre algún asunto no incluido en el orden del día basta con que sea declarada la urgencia por los miembros del órgano colegiado, con el voto favorable de la mayoría y hallándose todos presentes. Esto es, no es preciso que el asunto sea urgente (que lo sea según criterio general y objetivo inferido de la experiencia y una racionalidad media), sino se considera suficiente que se considere urgente por los miembros del órgano. De manera que es a los miembros del Consejo de Gobierno a quienes corresponde priorizar, de manera que este órgano pueda desarrollar sus funciones administrativas, organizando los asuntos de su competencia conforme a las directivas u orientaciones políticas por las que se dirija, siendo, por otro lado, esta facultad directiva y aquella discreción de juicio ordinaria, expresión del Poder Ejecutivo del que participan los órganos de Gobierno y la Administración según el artículo 97 de la CE.

### 2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

#### A) Autonomía local

##### a) Invasión de las competencias exclusivas del Estado: la autonomía local no equivale a soberanía

La STSJ de Cataluña de 28 de abril de 2005, Ar. 171606, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Delegación del Gobierno contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Palafrugell de 25 de abril de 2002. Dicho Acuerdo excedía de una mera declaración institucional de intenciones al “no permitir la instalación en el término municipal de fábricas de armamento o de equipamientos militares”, “impedir el tránsito y comercio de armas por el municipio, incluyendo el puerto en el caso de las ciudades que lo tengan”, “no ceder instalaciones municipales para actos del ejército, y “en el caso de ciudades con puerto, no acoger barcos de guerra”.

Las corporaciones locales están vinculadas a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1 de la Constitución) y la autonomía local no puede equivaler a soberanía (SSTC de 2 de febrero y 28 de julio de 1981). El Acuerdo municipal en cuanto es susceptible de producir efectos en el ejercicio de las “competencias” y atribuciones de los demás poderes debe ser contemplado desde la vertiente negativa de la autonomía local, de tal suerte que los actos o acuerdos que tengan una incidencia lesiva en los intereses generales de la nación o en otros intereses generales distintos de los propios de las correspondientes entidades locales (STS de 14 de marzo de 1988) no pueden estar justificados desde la perspectiva de la autonomía local. Por tanto es contrario al ordenamiento jurídico que una Corporación Local, más allá de la expresión de opiniones y proclamaciones, decida llevar a cabo actos de obstaculización del normal desenvolvimiento de los demás poderes públicos, ya que no entra dentro de las facultades municipales el reconocimiento de derecho alguno en temas ajenos a su competencia, aparte de que el artículo 149.1.4º atribuya al “Estado” la competencia exclusiva en materia de Defensa y Fuerzas Armadas. Estas medidas adoptadas por el Pleno del Ayuntamiento suponen una invasión del ámbito competencial exclusivo del Estado, que comprende la coordinación de la defensa nacional así como el regular el régimen jurídico de la producción de armas y explosivos, y, por consiguiente, el Acuerdo del Pleno es anulado por el Tribunal Superior de Justicia.

#### B) Alteración de términos municipales

##### a) El principio de autonomía local no garantiza la inalterabilidad de los límites territoriales de un municipio. El referéndum consultivo sobre la segregación del municipio es potestativo para la Administración pero no obligatorio

La STS de 7 de junio de 2005, Ar. 4328, desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 25 de febrero de 2002 que fallaba la estimación del recurso contencioso-admi-

nistrativo interpuesto por la Comisión promotora del Municipio de Villamayor de Gállego, reconociendo el derecho a la constitución como municipio al núcleo de población de Villamayor mediante segregación de la parte del término municipal de Zaragoza.

La Sala entiende que el principio de autonomía local que se caracteriza en la Constitución como garantía institucional y que se configura de modo bifronte, en su dimensión objetiva y subjetiva, como principio vertebrador de la organización básica del Estado y como derecho de la colectividad local a participar, a través de órganos propios en el gobierno y administración, de cuantos asuntos le atañen, no acoge en su contenido el reconocimiento de un derecho a la preservación del Municipio individualmente considerado, que garantice la inalterabilidad de sus límites territoriales, ni el derecho de autodeterminación o de libre creación de nuevos municipios por voluntad de sus vecinos.

Así, la jurisprudencia constitucional (STC 214/1989) establece que el criterio doctrinal de que la creación de nuevos municipios, por afectar a la garantía constitucional de la autonomía local de los municipios preexistentes, no puede desvincularse ni disociarse de los principios para constituir efectivos núcleos de población que configuren una nueva entidad local, debiendo concurrir el requisito de elemento poblacional y el elemento territorial con suficiente entidad para ser calificados como tales. El artículo 13 de la Ley de Bases de Régimen Local concreta esta directiva constitucional, al imponer como exigencia mínima para poder articular una entidad local autónoma la necesidad de que concurra el presupuesto de un núcleo de población territorialmente diferenciado que cuente con recursos suficientes para el cumplimiento de las competencias municipales y no suponga disminución en la calidad de los servicios que venían siendo prestados.

Por otro lado en el artículo 5 de la Carta Europea de Autonomía Local se establece que “para cualquier modificación de los límites territoriales locales, las colectividades afectadas deberán ser consultadas, previamente, llegando al caso por vía de referéndum donde la legislación lo permita”. Esta posibilidad de celebrar una consulta popular entre los residentes en el núcleo de Villamayor de Gállego sobre la conveniencia o no de segregarse del municipio de Zaragoza o ratificar su incorporación a la referida ciudad, no constituye, como expresión de la voluntad de todos los vecinos, un trámite exigido por la vigente Ley 7/1985 reguladora de las Bases de Régimen Local ni por el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, por lo que no cabe imputar a la Sentencia recurrida en este extremo ninguna infracción del ordenamiento jurídico de régimen local. Sí cabría la posibilidad de referéndum, amparándonos en el artículo 71 de la Ley 7/1985 y artículo 9.3 del Real Decreto Legislativo 81/1986, pero se trata de una posibilidad que tiene la Administración, por lo que la falta de convocatoria de la consulta popular de los vecinos de Villamayor de Gállego, no puede ser objetada de ningún modo a la sentencia recurrida, porque esta inactividad procedimental sería, en todo caso, imputable a la Administración.

## VI. Organización Administrativa

### **b) La segregación de municipios no es ningún derecho de los vecinos, sino que depende del juicio discrecional de la Administración autónoma responsable final de la ordenación territorial**

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de junio de 2005, Ar. 180704, resuelve el recurso interpuesto por la Comisión Promotora para la segregación del núcleo de Les Cases d'Alcanar para la creación de un nuevo municipio denominado Les Cases de Mar. Ante la consideración de los recurrentes de que la facultad de pedir la segregación, que tienen los vecinos de un municipio, es el mecanismo indispensable para poder acceder a su participación, directa o a través de sus representantes elegidos, en los asuntos públicos locales, en una forma distinta a como se había venido haciendo, la Sala de este Tribunal estima que “en el supuesto de segregación de municipios no se está ante ningún derecho de los vecinos a exigir la creación de un nuevo municipio, sino que se trata de la posibilidad de instar una segregación, y que, incluso aunque concurran los requisitos legales, dependerá en último término del juicio discrecional de la Administración autónoma responsable final de la ordenación territorial, pero no se trataría propiamente de ningún derecho, y aunque lo fuera, no cabría reconducir este derecho al de participación que consigna el artículo 23.1 de la Constitución”.

### **c) La constitución de un nuevo municipio por segregación es una cuestión que no queda amparada por la autonomía municipal. Corresponde a la Comunidad Autónoma regular los requisitos materiales exigibles en la creación o segregación de municipios**

La STS de 8 de julio de 2005, Ar. 184893, resuelve el recurso de casación interpuesto por la comisión Promotora de la Segregación del Núcleo de Población de Sant Antoni, del Municipio de Calonge, para constituir el nuevo municipio de Sant Antoni de Mar. El recurso de casación es desestimado.

La Sala del Tribunal Supremo estima que la constitución de un nuevo municipio por segregación es una cuestión que no queda amparada por la autonomía municipal consagrada constitucionalmente en los artículos 137 y 140 de la Constitución. “La natural vocación y aspiración de un grupo humano a constituir un municipio propio por estar arraigado en un determinado territorio y hallarse vinculado entre sí por vigorosos nexos surgidos y mantenidos con ocasión y como consecuencia de trascendentales circunstancias es inclinación del Derecho, rector por antonomasia y esencia de las relaciones sociales” (STS 14 de junio de 1984) pero no puede hablarse en términos propios de autonomía local respecto a cualquier colectividad, precisamente porque la Constitución Española reconoce dicha autonomía a aquellos entes locales, provincias y municipios que efectivamente tengan tal carácter y a los que otorga “garantía institucional” (SSTC de 2 de febrero y 28 de julio de 1981) pero no a aquellos núcleos de población con vocación o expectativa de autonomía, y ello en la medida en que dicha afirmación supone un juicio previo que comportaría la preexistencia de una entidad aún no constituida, sobre todo cuando en el momento presente carece de personalidad jurídica propia (...) “La voluntad mayoritaria de un grupo de vecinos de segregar la parte del territorio de un término municipal en el que residen no es por sí sola determinante de la resolución de la Administración que debe basarse en causas objetivas tendentes a acreditar

la incidencia de un hecho diferencial, que en orden a la mejor gestión de los intereses de una agrupación humana requiera la creación de un nuevo municipio” (STS de 30 de octubre de 1989). Existe el criterio constitucional de que la creación de nuevos municipios, por afectar a la garantía constitucional de la autonomía local de los municipios preexistentes, no puede desvincularse ni disociarse, de modo que para constituir efectivos núcleos de población que configuren una nueva entidad local, deben concurrir los requisitos del elemento poblacional y del elemento territorial con suficiente entidad para ser calificados como tales.

Por otro lado, debe rechazarse que en la normativa de desarrollo del requisito de territorialidad, exigido para crear un nuevo municipio por segregación, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña haya infringido el artículo 13.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, al corresponder a la Comunidad Autónoma regular los requisitos materiales exigibles en la creación o segregación de municipios, de conformidad con las competencias exclusivas en materia de alteración de términos municipales atribuidas por el artículo 9.8 del vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña, correspondiendo, por tanto, al legislador autonómico la facultad de concretar el concepto de núcleo de población territorialmente diferenciado sin desnaturalizar su significado propio mínimo, que se desprende de su enunciado en el artículo 13 de la Ley Básica estatal.

### **C) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales**

**a) Derecho a la información. El secreto de las comunicaciones limita el derecho a obtener información sobre facturas telefónicas de teléfonos municipales, impidiendo que se conozcan los números de los destinatarios de las llamadas, pero no el gasto correspondiente**

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de junio de 2005, Ar. 211872, estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Villajoyosa contra la Sentencia 200/2005 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Alicante. El Juzgado de lo Contencioso anuló la resolución por la que el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Villajoyosa denegaba la solicitud de consulta de las facturas de teléfonos móviles utilizados por el Alcalde de la Corporación municipal, reconociendo el derecho a examinar el detalle de dichas facturas, sin perjuicio del deber de guardar reserva de la información facilitada. La Sala de apelación rectifica el parecer del Juzgado entendiendo que el derecho al secreto de las comunicaciones impide que el Concejal actor pueda conocer los datos relativos a los números de destino.

Para el Tribunal, el acceso a la información constituye un elemento esencial en el ejercicio de la función representativa, por lo que queda integrado en el estatus propio de su cargo, y la negativa a la información implicaría una burda vulneración de aquel derecho, que sus titulares podrán defender, sobre todo en los supuestos en que la solicitud de información se actualice para materializar actividades de fiscalización y control de la acción municipal, o tengan por objeto materias que deban ser, o estén relacionadas directamente, con asuntos propios del Pleno. Sin embargo, en el presente caso el ejercicio pleno del derecho a la in-

## VI. Organización Administrativa

formación vulneraría el derecho al secreto de las comunicaciones, pues, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en la Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, (en la que se hace eco de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –Sentencia de 2 de agosto de 1984, Malone Vs. UK–), “el concepto de secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores”, por lo que no es posible disponer de dichos datos sin el consentimiento del titular. El TSJ entiende, además, que cualquier intromisión o injerencia en el derecho a la intimidad exige intervención judicial, lo que dota a este derecho de un plus de garantía en relación con el de participación política. Esta última doctrina ha sido reiterada en la STC 70/2002, de 3 de abril, en la que se mantiene que el artículo 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente y, en consecuencia, la entrega de los listados por las compañías telefónicas a la policía sin consentimiento del titular del teléfono requiere resolución judicial. Por ello, el TSJ concluye que debe limitarse el derecho a la información de manera que no puedan publicitarse datos ajenos por completo al pretendido control del gasto, por lo que deberán ponerse a disposición del Concejal las facturas que menciona, con excepción de las columnas de las mismas en las que se especifiquen datos relativos a los números de destino.

### **b) La privación a un concejal de su derecho a solicitar la votación sobre el aplazamiento de la discusión del expediente hasta la siguiente sesión vulnera el artículo 23.2 de la Constitución y no queda legitimada por la invocación del artículo 197bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (cuestión de confianza)**

La STS de 6 de julio de 2005, Ar. 210466, desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Oleiros, contra la Sentencia de 19 de julio de 2001 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que anulaba la decisión de la Alcaldesa-Presidenta del Concello de Oleiros sobre denegación de la solicitud de votación deducida al amparo del artículo 92.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

En la sesión plenaria celebrada el 21 de febrero de 2001, dedicada al debate y aprobación del presupuesto municipal, la Alcaldesa denegó el sometimiento a votación del aplazamiento del debate presupuestario que los grupos municipales del Partido Popular y del Partido Socialista Obrero Español habían solicitado de acuerdo con el citado artículo 92.1. Este precepto permite a cualquier concejal solicitar, durante un debate, que el expediente quede sobre la mesa aplazándose su discusión para la siguiente sesión. La aprobación de esta solicitud exige mayoría simple en una votación inmediatamente anterior a la relativa a la adopción del acuerdo. El Ayuntamiento de Oleiros entiende, por su parte, que el derecho al ejercicio del cargo y el artículo 197bis de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (régimen de la cuestión de confianza) suponen la facultad del Alcalde de presentación de sus propios presupuestos y el de obtener una votación clara y diáfana sobre los mismos, sin enmiendas ni dilaciones.

El Tribunal Supremo, confirma el razonamiento seguido por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, entendiéndolo que se ha producido una violación del artículo 23 de la Constitución Española, al infringirse lo dispuesto en el artículo 92 del Real Decreto 2568/1986,

de 28 de noviembre (ROF), máxime cuando la petición no merecía ser considerada de irracional o temeraria, porque era correcta la pretensión de disponer de un tiempo razonable para valorar la expresión formal de un aspecto tan importante del debate como era el relativo a la definitiva concreción del anexo de inversión. El Tribunal no comparte el criterio de que el derecho a la participación política queda suficientemente garantizado por la vía establecida en el artículo 197bis de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, máxime cuando dicho precepto exige, como requisito previo para plantear la cuestión de confianza, que el acuerdo correspondiente (los presupuestos, en este caso) haya sido debatido en el Pleno y que no haya obtenido la mayoría necesaria para su aprobación.

Repasando la jurisprudencia constitucional, el Tribunal Supremo entiende que la garantía del acceso al cargo público del artículo 23.2 CE se extiende a la permanencia en el mismo y al desempeño de las funciones que le son inherentes. Estas funciones consisten, en lo esencial, en la posibilidad de ejercer el control político a través de los actos de votación, en recabar la información que resulte necesaria para un ejercicio responsable de ese control y en promover el debate que es consustancial al pluralismo. La indebida limitación de ese desempeño se traduce en la vulneración del derecho fundamental recogido en el citado precepto constitucional.

Finalmente, considera el Tribunal que, efectivamente, el artículo 197bis de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General prevé un mecanismo dirigido a evitar el bloqueo de la toma de decisiones en una materia de tanta trascendencia para la vida municipal como es el presupuesto municipal. Sin embargo, ello no significa que, en aras de lograr esa excepcional forma de aprobar el presupuesto, se pueda limitar el debate y la actuación de los concejales. En su parecer, el precepto muestra un deseo de que el presupuesto municipal se logre con un acuerdo adoptado con la mayoría que resulte necesaria y tras el debate que es connatural a la democracia participativa y al pluralismo político. Solamente en el caso de que no se logre la mayoría necesaria para esa aprobación y para la cuestión de confianza que se haya presentado vinculada a tal aprobación, y tampoco prospere o se presente la ulterior moción de censura establecida para esa eventualidad, es cuando opera esa forma excepcional de aprobación del presupuesto municipal.

#### **D) Impugnación de actos y acuerdos de las Entidades Locales**

##### **a) Legitimación de la Administración del Estado para impugnar acuerdos locales contrarios a la legalidad, tras la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Aplicabilidad de los artículos 65 a 67 de la Ley de Bases del Régimen Local**

La STS de 17 de mayo de 2005, Ar. 4266, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado, contra la Sentencia de 27 de mayo de 2002 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el que se impugna el Acuerdo de la Diputación Foral de Vizcaya de 26 de diciembre de 2000. La Sala analiza, entre otros asuntos, si es acertada la decisión del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 27 de mayo de 2002, por

## VI. Organización Administrativa

la que se niega a la Administración del Estado legitimación para impugnar la validez del acuerdo adoptado por la Diputación Foral de Vizcaya que otorgó una subvención de 93 millones de pesetas a favor de la entidad Udalbide Erkalan Erkaltea, con el fin de dar cumplimiento al convenio concertado en la misma fecha.

En contra de lo que alega la Administración del Estado, el Tribunal estima que no recae sobre la Sala de instancia la obligación de elegir, de entre las varias posibilidades legales que puedan justificar el ejercicio de la acción por parte de la Administración, aquella que mejor se acomode y posibilite, de una manera efectiva, el citado ejercicio, aunque no hubiese sido ésta la elegida por su representante legal para basar la impugnación. Al igual que ocurre con el resto de las partes intervinientes en el proceso, a la Administración corresponde elegir la vía que considere adecuada para legitimar su actuación impugnatoria y la errónea elección de la misma no autorizaría al Juzgado o Tribunal para sustituirla por la que eventualmente pudiese resultar procedente.

Antes de la entrada en vigor de la actual Ley Jurisdiccional 29/1998, la Ley de 5 de octubre de 1981 había estipulado en su artículo 2 que la Administración del Estado estará legitimada para recurrir ante dicha jurisdicción las normas y actos emanados de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales sometidos a su tutela, sin establecer restricciones de ninguna clase. La actual norma jurisdiccional 29/1998 no ha recogido expresamente esa manifestación, pero en principio no ha sido derogada implícita ni explícitamente la norma anterior. La Ley de Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985 desarrolla en sus artículos 63 y siguientes los supuestos concretos en que los acuerdos de los Entes Locales pueden ser impugnados, haciendo referencia expresa en el apartado a) del artículo citado a que, en el caso del Estado y de las Comunidades Autónomas, esa posibilidad estará subordinada a los casos y términos previstos en los preceptos de ese mismo Capítulo, con lo que parece poner fin a la posibilidad, hasta entonces explícitamente reconocida, de que el mero interés de la legalidad pudiese justificar la legitimación procesal del Estado en la impugnación de tales actos.

El mero interés de la legalidad no es suficiente para justificarla, sino que se requiere que el ejercicio de la acción le suponga un beneficio o utilidad concreto de cualquier naturaleza que sea; pero esa salvedad se conecta con aquellos supuestos en que la legitimación que se ostente provenga únicamente de la aplicación genérica del artículo 19.1.a) de la Ley de la Jurisdicción, y no cuando se trata de accionar al amparo de los artículos 65 a 67 de la Ley 7/1985. En este último supuesto el interés que constituye la razón de ser de la intervención de la Administración del Estado radica (y por ende la justifica sin necesidad de ulteriores argumentos), bien en la invasión competencial que se le irroga y se trate de evitar (artículo 66), bien en la infracción del ordenamiento jurídico que el acto o decisión suponga y que esté dentro de su competencia el corregir, o, en fin, en las circunstancias extremas a que se refiere el artículo 67. Ése es el criterio que ha terminado por prevalecer en esta Sala.

Hemos de concluir, por lo tanto, que la existencia de la legitimación específica que otorga el artículo 65 de la Ley de Bases del Régimen Local 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 de la Ley de la Jurisdicción vigente, en su relación con el artículo 63.1 de la Ley de Bases.

**b) Impugnación de actos y acuerdos de las entidades locales por miembros de la Corporación: el cómputo de los plazos depende de que el concejal formase o no parte del órgano que toma la decisión**

La STSJ de Cantabria de 17 de junio de 2005, Ar. 161661, desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Santander, de 24 de septiembre de 2004, que anulaba una resolución de la Alcaldía de Castro Urdiales sobre contratación laboral sin convocatoria pública.

La Sala, en primer lugar, enumera los requisitos de aplicación del artículo 63.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, que permite a los miembros de la Corporación que hubieran votado en contra la impugnación de los actos y acuerdos de las entidades locales. Reiterando lo dispuesto en la STS de 16 de marzo de 2001, del citado artículo se pueden derivar las siguientes consecuencias:

1ª) Es innecesaria la notificación a dichos miembros, pues, siendo coautores del acto impugnado, necesariamente tuvieron conocimiento de él desde la fecha misma en que fue adoptado.

2ª) El cómputo del correspondiente plazo de impugnación debe iniciarse, como regla general, desde el día en que se celebró la sesión del acto impugnado.

3ª) Excepcionalmente, podrá computarse el plazo de manera diferente, pero para ello será necesario que consten hechos que, en relación a una fecha distinta de la sesión, hayan generado la confianza que sería esta otra fecha la que se consideraría relevante a estos efectos. En este caso, recaerá sobre el recurrente la carga de probar los concretos hechos determinantes de esa confianza.

Interpretando *a sensu contrario* las reglas anteriores, entiende el Tribunal que es imposible declarar la extemporaneidad del recurso interpuesto, toda vez que se trata de una resolución de la Alcaldía, y no del Pleno o Comisión de Gobierno de los que hubiera formado parte el concejal recurrente, lo que supone que no cabe entender que la condición de concejal implicase un conocimiento privilegiado de la resolución, por lo que ante la ausencia de notificación expresa serán de aplicación las reglas ordinarias del artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, conforme al cual es en el momento en que el interesado se da por enterado, interponiendo el correspondiente recurso, cuando debemos tener por notificado el acto administrativo impugnado. Finalmente, añade que la invocada urgencia de la contratación no puede servir de excusa para tan irregular procedimiento de adjudicación de la plaza a la apelante.

Aplicando también las reglas anteriores, la STSJ de Cantabria de 20 de julio de 2005, Ar. 190970, declara la inadmisibilidad del recurso por extemporaneidad ya que el concejal del Ayuntamiento de Reocín que plantea el recurso estuvo presente en la sesión extraordinaria del Pleno cuyo acuerdo impugna y frente al que votó en contra. Al interponer el recurso

## VI. Organización Administrativa

una vez transcurrido el plazo previsto en el artículo 46.1 LJCA debe estimarse la causa de inadmisibilidad opuesta –artículo 69.e) LJCA–. El TSJ mantiene que cualquier duda sobre el día inicial del cómputo del plazo para recurrir se debe resolver necesariamente a favor de considerar como tal la fecha misma de la sesión de la Corporación municipal, porque en ella se tiene cabal conocimiento del acto del que se disiente y contra el que se vota, siendo improcedente una notificación personal ulterior.

### **E) Comisiones informativas: sus informes deben encontrarse a disposición de los miembros de la Corporación en el momento de la convocatoria de la sesión**

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de julio de 2005, Ar. 191272, estima parcialmente el recurso promovido por un concejal del Ayuntamiento de Polop de la Marina contra el Acuerdo del Pleno de 3 de julio de 2003, en el que trataba el régimen de organización de sesiones plenarias y de comisiones informativas, y las retribuciones e indemnizaciones de los miembros de la Corporación. Respetando las escasas previsiones contenidas en los artículos 46.2 y 47.1 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y en el artículo 87 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, la autonomía organizativa de estas corporaciones permite plena libertad para organizar su régimen de sesiones. El Tribunal considera adecuado el acuerdo por el que las sesiones ordinarias del Pleno se celebrarán, con periodicidad trimestral, el último jueves de cada trimestre natural, adelantándose al día hábil anterior, en caso de ser inhábil el día señalado, y estableciendo como horario el de las 9.30 horas. Sin embargo, la Sala considera nulo el acuerdo relativo a creación de una Comisión Informativa y de Cuentas que se reunirá a las 9.00 horas el mismo día del Pleno. Las Comisiones informativas son órganos complementarios de las entidades locales cuya composición debe ser proporcional a la del Pleno. El previo dictamen de la correspondiente Comisión Informativa es presupuesto de validez de los acuerdos adoptados en sesión ordinaria del Pleno municipal (STS de 28 de febrero de 1996). Por ello, el TSJ entiende que, en el momento de la convocatoria de la sesión plenaria, debe estar a disposición de los miembros de la corporación el mencionado dictamen, pues sólo así puede incluirse en el orden del día el asunto dictaminado y garantizar a los concejales el ejercicio de su derecho a la información permitiéndoles el examen de la documentación necesaria para la emisión de su voto.

### **F) Padrón municipal. Revisión**

La STS de 21 de junio de 2005, Ar. 5033, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Cullera contra el Real Decreto 1748/2003, de 19 de diciembre, por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del Padrón municipal referidas a 1 de enero de 2003. El Ayuntamiento pide el reconocimiento de una población de derecho superior a la establecida en el Real Decreto y, en consecuencia, el pago de una indemnización por lo dejado de percibir en concepto de participación de los municipios en los tributos del Estado. Reiterando la doctrina de la Sala, el Tribunal entiende que el Real Decreto impugnado no es una disposición general, sino un acto administrativo, por lo que los defectos formales que se alegan no tienen el valor invalidante que se les atribuye por el recurrente si, como ocurre en el presente caso, ha tenido oportunidad de hacer alegaciones tanto en el expediente como en los autos, sin

que se haya producido ningún tipo de indefensión. Las alegaciones fueron desestimadas por el Consejo de Empadronamiento, cuya resolución es un acto de trámite. En dicho procedimiento, además, el Presidente del INE no tuvo facultades decisorias, sino que se limitó a ser elemento de transmisión entre el Ayuntamiento y el Gobierno, por lo que no puede existir nulidad del procedimiento por incompetencia de este órgano.

### 3. ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL

#### **A) Naturaleza jurídica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT): La AEAT no es propiamente Administración General del Estado, sino que pertenece a lo que tradicionalmente se ha denominado “Administración Institucional”**

En la STSJ de Cataluña de 22 de abril de 2005, Ar. 183393, se analiza la naturaleza jurídica de la AEAT a la hora de determinar la conformidad a derecho de la resolución de 9 de diciembre de 1998, dictada por la Secretaría de Estado para la Administración Pública, en virtud de la cual se corrigen errores advertidos en el texto de la resolución de 10 de noviembre de 1998, por la que se convocan pruebas selectivas para el acceso, por promoción interna, al Cuerpo General Administrativo de la Administración del Estado en cuanto procede a modificar la redacción de determinadas bases (excluyendo de la Administración General del Estado la AEAT). El TSJ desestima el recurso interpuesto ya que la modificación realizada es una mera corrección de errores del artículo 105.2 de la Ley 30/1992, que da cobertura a los errores materiales, de hecho o aritméticos.

Según el Tribunal, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, no es propiamente Administración General del Estado, sino que pertenece a lo que tradicionalmente se ha llamado “Administración Institucional”, una entidad de derecho público vinculada a la Administración General del Estado, que desarrolla una actividad propia del Estado, en concreto la gestión, inspección y recaudación de los tributos del sistema tributario estatal y la gestión de aquellos recursos de otras Administraciones Públicas nacionales o de las Comunidades Europeas que se le encomiende. En el artículo 103.1 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1991, que crea la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, se afirma que está integrada en la Administración Pública central, pero ello no supone que sea un órgano de la Administración General del Estado, sino que se le encomienda, en régimen de descentralización funcional, una actividad propia de la Administración General del Estado. Aunque la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad corresponde al órgano de la Administración del Estado de que depende (en este caso el Ministerio de Economía y Hacienda), no pertenece a la Administración General del Estado, al no ser un órgano de la misma, sino que constituye una entidad de derecho público diferenciada.

Tampoco el hecho de que el personal funcionario vinculado a la Agencia esté sometido a la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública y demás leyes que regulan el régimen estatutario de los funcionarios públicos, implica que la Agencia estatal sea un órgano de la Administración General del Estado, pues ello no afecta al régimen de organización y configuración de la Agencia, como un ente diferenciado de la Administración General del Estado.

## VI. Organización Administrativa

Establecido que la Agencia Estatal Tributaria no es un órgano de la Administración General del Estado, se deduce que la resolución impugnada no revisa otra anterior, sino que se limita a precisar que dicho ente de derecho público no está incluido en la Administración General del Estado.

### **B) Las Sociedades Mercantiles Públicas deben cumplir los límites establecidos en las Leyes de Presupuestos en relación con el personal a su servicio puesto que están comprendidas dentro del sector público**

La STSJ de Cataluña de 16 de junio de 2005, Ar. 180949, resuelve el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la Delegación del Gobierno en Cataluña, que impugna en este proceso algunos artículos del convenio de la Sociedad Municipal demandada por fijar las retribuciones de sus empleados con relación al IPC, es decir, sin respetar el límite máximo establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada uno de los ejercicios, con infracción de lo establecido en el artículo 154 del Real Decreto Legislativo 781/1986 y el artículo 24 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que es básico y por lo tanto dictado al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, y, en consecuencia, aplicable al personal de todas las Administraciones Públicas (artículo 1.3 de la misma Ley) y que establece que las cuantías de las retribuciones básicas serán iguales en todas las Administraciones Públicas para cada uno de los grupos en que se clasifican los Cuerpos de funcionarios. Así mismo en el apartado segundo establece que la cuantía de las retribuciones básicas, de los complementos de destino asignados a cada puesto de trabajo y de los complementos específicos y de productividad, en su caso, deberá reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado y figurar en los Presupuestos de las demás Administraciones Públicas.

Esta doctrina es aplicable a los empleados de todo el sector público por lo que también está encuadrado en él, el personal de la Sociedad Anónima Municipal demandada, en cuanto ésta también está comprendida dentro del “sector público” ya que “a estos efectos” quedan incluidas las “Sociedades mercantiles públicas” que perciban aportaciones “de cualquier naturaleza” con cargo a los presupuestos públicos o con cargo a los presupuestos de los entes o sociedades que pertenezcan al sector público destinadas a cubrir déficit de explotación [letra j) del artículo 20 de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000, que establece las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público y artículo 21 de la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, que aprobó los Presupuestos Generales del Estado para 2001].

### **4. FEDERACIONES DEPORTIVAS. LAS FEDERACIONES DEPORTIVAS NO EJERCEN COMPETENCIAS DELEGADAS DEL CONSEJO SUPERIOR DE DEPORTES Y, EN CONSECUENCIA, SUS ACTOS SON IMPUGNABLES ANTE LAS SALAS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**

La STS de 7 de abril de 2005, Ar. 4056, dirime una cuestión negativa de competencia suscitada entre el Juzgado Central núm. 2 de lo Contencioso-Administrativo y la Sala del indicado orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para conocer

del recurso contencioso-administrativo planteado por el Fútbol Club Barcelona contra la resolución del Comité de Competición de la Federación Española de Fútbol, confirmada posteriormente por el Comité de Apelación de dicha Federación y, en última instancia, por el Comité Español de Disciplina Deportiva.

El Comité de Disciplina Deportiva es el órgano de ámbito estatal, adscrito orgánicamente al Consejo Superior de Deportes que, actuando con independencia de éste, decide en última instancia, en vía administrativa, las cuestiones disciplinarias deportivas de su competencia. Las resoluciones de este Comité agotan la vía administrativa y pueden ser objeto de recurso ante el orden contencioso-administrativo (artículo 84 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte). A su vez, el Consejo Superior de Deportes, al que está adscrito dicho Comité, es un organismo autónomo de carácter administrativo adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (artículo 7.2 de la Ley 10/1990). Por último, hay que tener en cuenta que las Federaciones Deportivas españolas ejercen, entre otras funciones, la potestad disciplinaria bajo la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes [artículo 33.1.f) de la Ley 10/1990].

En este contexto normativo, el Tribunal Supremo entiende que la competencia en cuestión corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.1.j) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya que no puede entenderse que los acuerdos dictados por la Federación Española de Fútbol se hayan producido por delegación del Consejo Superior de Deportes [lo que haría entrar en juego el artículo 9.c) de la Ley jurisdiccional]. Entiende el Tribunal que aun cuando el artículo 30 de la Ley del Deporte disponga que “las Federaciones Deportivas Españolas, además de sus propias atribuciones, ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo”, no puede afirmarse que al ejercer estas funciones (otorgamiento o denegación de licencias deportivas, imposición de sanciones, etc.) las expresadas Federaciones estén actuando por delegación del Consejo Superior de Deportes, pues en estos casos no hay una delegación de competencias administrativas en los términos regulados en el artículo 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En sentencias anteriores, la Sala ha declarado que estos acuerdos, aun adoptados por asociaciones o entidades privadas, derivan del ejercicio por dichas Federaciones de funciones llevadas a cabo por delegación del poder público (artículo 30 de la Ley del Deporte), por lo que no se está, en consecuencia, ante actos procedentes de órganos centrales de la Administración General del Estado, ni tampoco ante actos emanados de organismos públicos con personalidad jurídica propia o de entidades pertenecientes al sector público estatal.

## 5. COLEGIOS PROFESIONALES

### A) Respeto a los derechos adquiridos de los Procuradores de los Tribunales por alteración de Demarcación Judicial

La STS de 21 de febrero de 2005, Ar. 3281, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el

## VI. Organización Administrativa

que se aprobaban los Estatutos Generales de los Procuradores de los Tribunales de España, habiendo sido parte recurrida la Administración General de Estado y el Consejo General de los Ilustres Colegios de Procuradores de los Tribunales de España.

El TS procede a anular el artículo 13 y el artículo 31 de dichos Estatutos en cuanto despojaban a los recurrentes de derechos que tenían reconocidos por el Estatuto General anterior y por normativa anterior. Entendían los recurrentes que el artículo 13 poseía una innegable eficacia retroactiva y que no recogía norma de derecho transitorio tendente a proteger situaciones nacidas con anterioridad. En resumen, hasta la entrada en vigor del nuevo Estatuto General, los recurrentes gozaban, de manera pública y pacífica, de un “derecho adquirido” a ejercer la procura en los distintos partidos judiciales en que lo habían venido haciendo.

El TS no ignora la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la necesidad de evitar que la invocación de la que llama “huidiza doctrina de los derechos adquiridos” se traduzca en una congelación del ordenamiento jurídico impidiendo su necesaria adaptación a las convicciones de nuestro tiempo, “porque la Constitución no emplea la expresión “derechos adquiridos” y es de suponer que los constituyentes la soslayaron, no por modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a exigencias acordes con el Estado de derecho que proclama el artículo 1 de la Constitución”. Pero anula los artículos impugnados, por cuanto privan a los demandantes de un derecho expresa y terminantemente reconocido en las normas legales anteriores a la publicación de las normas citadas.

### **B) Corresponde al legislador regular el ejercicio de profesiones tituladas**

La STS de 15 de febrero de 2005, Ar. 4170, viene a estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos contra el Real Decreto que aprobaba el Reglamento de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones por el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de los edificios y de la actividad de instalación de equipos y sistemas de telecomunicaciones.

Del citado Reglamento se impugna una serie de preceptos en tanto que en ellos se especifican que los técnicos competentes para una serie de funciones que el Reglamento contempla son los ingenieros o ingenieros técnicos de telecomunicaciones de la especialidad correspondiente. En concreto, las facultades que el Reglamento restringe a los citados titulados son la firma de los proyectos técnicos sobre las redes de telecomunicaciones en el interior de los edificios, las modificaciones sustanciales de dichos proyectos, la posibilidad de ser director de obra a los efectos de la ejecución de los referidos proyectos técnicos, o tener la consideración de titulado competente a los efectos de cualificación técnica de las empresas instaladoras de telecomunicaciones.

El Colegio recurrente fundamenta la impugnación de los citados preceptos en la supuesta vulneración de la reserva de ley establecida por el artículo 36 de la Constitución en relación con el ejercicio de las profesiones tituladas. Afirma, en relación con los aspectos impugna-

dos, que nos encontramos ante un puro reglamento independiente, dictado absolutamente *ex novo* y sin sujeción a ninguna clase de pauta, principio o pauta legal. La segunda causa de impugnación, de orden sustantivo, se basa en la consideración de que los preceptos combatidos infringen los criterios legales y jurisprudenciales en materia de atribuciones profesionales y, en concreto, de las referidas a los ingenieros técnicos industriales.

La parte recurrente considera que el artículo 36 de la Constitución establece reserva de Ley sobre el ejercicio de las profesiones tituladas. Según ha declarado el Tribunal Constitucional, dicha reserva no se proyecta retroactivamente sobre las normas anteriores a la Constitución, pero sí impide que con posterioridad a la misma pueda regularse el ejercicio de las profesiones tituladas o atribuirles competencias exclusivas mediante norma que carezca del rango formal de Ley.

El TS concluye que tras la vigencia de la Constitución, sólo el legislador puede regular el ejercicio de las profesiones tituladas. Aplicando ya la anterior doctrina al supuesto al que nos enfrentamos, quiere esto decir que sea cual sea el rango de la normativa que a la entrada en vigor, de la Constitución regulase el ejercicio de una profesión titulada, tras dicha entrada en vigor, su renovación sólo puede hacerla el legislador. Como, sin duda, dicha reserva de Ley no es absoluta –como no lo es ninguna, ni siquiera la más estricta que afecta a los derechos fundamentales y libertades públicas–, es claro que el titular de la potestad reglamentaria siempre podrá modificar o actualizar dicha normativa del ejercicio profesional en aspectos secundarios que no resulten afectados por la reserva de Ley. Pero no podrá, en cambio, dictar una regulación general del ejercicio de una profesión titulada ni regular o modificar un aspecto esencial del mismo.

En consecuencia, ante una alegación como la que estudiamos, de vulneración de la reserva de Ley establecida en el artículo 36 de la Constitución en relación con el ejercicio de las profesiones tituladas, habremos de determinar si el reglamento que se combate constituye una regulación del ejercicio de una profesión o, aunque así no sea, sí afecta de manera esencial a dicho ejercicio.

De acuerdo con las razones expuestas el TS estima el recurso interpuesto por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales y anula los incisos impugnados del Reglamento regulador de las infraestructuras comunes para el acceso a los servicios de telecomunicaciones en el interior de los edificios y de la actividad de instalación de equipos y sistemas de telecomunicaciones, que especifican que determinadas facultades que se contemplan en dichas disposiciones han de ser desempeñadas necesariamente por ingenieros o ingenieros técnicos de telecomunicaciones.

PEDRO ANTONIO MARTÍN PÉREZ

JESÚS DEL OLMO ALONSO

VANESA RODRÍGUEZ AYALA

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

VII. **DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR****Sumario:**

**1. Concepto de sanción.** A) Actos que no constituyen sanción. B) Actos que constituyen sanción. C) El arresto domiciliario en el ámbito disciplinario militar es una sanción conforme con el artículo 25 de la CE: no vulnera el derecho fundamental a la libertad personal. **2. Reserva de ley y tipicidad.** A) Vulnera el derecho a la legalidad sancionadora una sanción impuesta por una infracción declarada nula por sentencia firme del Tribunal Supremo. B) Principio de legalidad formal y reglamentos parlamentarios. C) Flexibilidad de la reserva de ley en las relaciones de sujeción especial. D) Anulación del artículo 67. c) del Estatuto General de Procuradores de los Tribunales por vulnerar el principio de tipicidad. E) No caben los tipos de autor, aunque sí los conceptos jurídicos indeterminados. F) Vulneración del principio de la predeterminación normativa de la sanción. **3. Antijuridicidad. Elemento necesario de la infracción. Ejercicio legítimo de un derecho, en concreto, de la libertad de expresión.** **4. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.** A) Extensión del deber de diligencia: el deber de saber. B) Especial extensión del deber de diligencia cuando las conductas afectan a derechos constitucionales. C) Interpretación razonable de la norma tributaria que excluye la culpabilidad. **5. Sujetos responsables.** A) Quien decide sobre el uso de un tratamiento de datos de carácter personal es responsable, aunque no sea el titular de los ficheros ni realice el tratamiento directamente. B) Puede serlo una Administración Pública territorial. **6. Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: non bis in idem.** A) Inconstitucionalidad de los tipos que consisten en una mera acumulación de infracciones. B) Infracción continuada. Diferencias con la permanente o continua. C) Non bis in idem: consiente sanciones disciplinarias por cometer delitos dolosos no específicos de los funcionarios. D) Prevalencia del proceso penal sobre el procedimiento administrativo sancionador. **7. Procedimiento administrativo sancionador.** A) Legitimación del denunciante para impugnar el archivo de su denuncia: supuestos en que se admite. B) Objetividad del instructor. **8. En especial, la prueba y la presunción de inocencia.**

A) La inadmisión de las pruebas propuestas sólo vulnera el derecho fundamental a la prueba y tiene consecuencias invalidantes de la sanción cuando haya generado una indefensión material. B) La falta de intervención del imputado en la práctica de una prueba testifical antes y después del pliego de cargos es un defecto formal que sólo lesiona el derecho fundamental a la prueba y tiene consecuencias invalidantes de la sanción cuando haya generado indefensión material. C) La esencia de la presunción de inocencia. D) La presunción de validez de la resolución sancionadora no implica una inversión de la carga de la prueba. E) La prueba testifical es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. F) La prueba documental está sometida al principio de valoración libre y racional de las pruebas practicadas. G) Prueba indiciaria: requisitos para que pueda constituir una prueba de cargo válida y suficiente para destruir la presunción de inocencia. **9. La resolución del procedimiento sancionador.** A) Derecho a ser sancionado sólo por la acusación de la que se informó: la resolución no puede aceptar como ciertos hechos distintos de los que sirvieron de base al pliego de cargos. B) Derecho a ser sancionado sólo por la acusación de la que se informó: la resolución no puede modificar la infracción contenida en la propuesta. C) En vía de recurso no se puede imputar una nueva infracción a una persona distinta del recurrente. **10. Caducidad del procedimiento administrativo sancionador.** A) Origina la nulidad de la sanción extemporánea. B) *Dies a quo* del cómputo del plazo. Especialidad en el procedimiento sancionador en materia de transportes por carretera. C) *Dies ad quem* del cómputo del plazo. **11. Extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad e individualización de las sanciones.** A) Admisibilidad constitucional de la agravante de reincidencia. B) Firmeza de las sanciones a efectos de apreciar reincidencia o reiteración. C) Las circunstancias agravantes o atenuantes apreciadas en vía penal no vinculan al órgano administrativo a la hora de fijar la extensión de la sanción. D) El principio de proporcionalidad de las sanciones es un principio general del derecho. E) La falta de claridad normativa como circunstancia que atenúa la responsabilidad. F) Modulación de la sanción por el contenido afflictivo de la medida cautelar adoptada en el procedimiento disciplinario. G) Actividad reglada o discrecional de la Administración. H) La reducción de la sanción tributaria está condicionada a la conformidad con la propuesta de regularización en todos sus conceptos, incluidos los no sancionadores. **12. Extinción de**

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

**la responsabilidad por muerte. 13. Ejecución de las sanciones. Suspensión de la ejecutividad de las sanciones tributarias recurridas en vía contencioso-administrativa hasta que el juez se pronuncie sobre la suspensión. 14. Control jurisdiccional de la potestad sancionadora.** A) La sustitución en sede jurisdiccional del tipo infractor aplicado por la Administración vulnera el principio de tipicidad. B) Posibilidad de sustituir o modular la sanción, aunque motivándolo. C) Prohibición de *reformatio in peius*, incluso respecto a los hechos. D) La indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la imposición de una sanción no surge automáticamente por su anulación. E) Aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable en fase judicial.

### 1. CONCEPTO DE SANCIÓN

#### A) Actos que no constituyen sanción

– La baja colegial por impago de cuotas, “pues dicha pérdida de la condición de colegiado se limita a determinar el alcance y las consecuencias de no atender el Procurador a las obligaciones que le incumben en relación al Colegio y a los demás colegiados” (STS de 28 de febrero de 2005, Sección Sexta, Ar. 3282).

– El requerimiento realizado por la Administración a los operadores televisivos para que dejen de emitir un anuncio que se considera perjudicial para cierto colectivo profesional y para el público en general (STSJ de Madrid de 21 de febrero de 2005, Ar. 393).

– La expulsión inmediata de un parlamentario “para el mantenimiento del orden en las reuniones de éste y permitir que se ponga fin a las perturbaciones ilegítimas que allí se produzcan”. Así parece poder deducirse del razonamiento, un tanto confuso, de la STC 301/2005, de 21 de noviembre.

#### B) Actos que constituyen sanción

– La medida decretada por el Presidente del Parlamento Vasco de prohibir al parlamentario D. Carlos Iturgáiz su asistencia a las dos sesiones plenarias siguientes (STC 301/2005, de 21 de noviembre, recurso de amparo).

#### C) El arresto domiciliario en el ámbito disciplinario militar es una sanción conforme con el artículo 25 de la CE: no vulnera el derecho fundamental a la libertad personal

La STS de 23 de marzo de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 3376, recuerda que “el artículo 25, párrafo tercero, de la Norma Fundamental prevé indirectamente la potestad de la Administración Militar para imponer sanciones que impliquen directa o indirectamente

una verdadera privación de libertad. El Tribunal de Derechos Humanos ha reconocido a cada Estado competencia para organizar un sistema de disciplina militar, gozando en este sentido de un cierto margen de apreciación. La Ley Orgánica Disciplinaria de la Guardia Civil prevé entre las sanciones a imponer la del arresto domiciliario (...) Esta previsión (...) es la que da cobertura legal al arresto domiciliario que se ajusta, por ello, a la más estricta legalidad”.

## 2. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

### A) Vulnera el derecho a la legalidad sancionadora una sanción impuesta por una infracción declarada nula por sentencia firme del Tribunal Supremo

El artículo 7.2 del Reglamento de Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía fue declarado nulo por la STS de 26 de septiembre de 1996. Con posterioridad a esta sentencia, se produjeron determinados hechos por los que un funcionario de la Policía Local fue sancionado por la comisión de la falta grave tipificada en el mencionado precepto. La sanción fue confirmada por sentencia contencioso-administrativa. La **STC 195/2005, de 18 de julio**, recurso de amparo, considera que esto pudo justificarse “por el hecho de que la Sentencia (...) que declaró nulo el precepto sancionador aplicado, se dictó bajo la vigencia de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, que no preveía la publicación en el correspondiente diario oficial del fallo de las resoluciones judiciales anulatorias de disposiciones generales de naturaleza reglamentaria”. Ahora bien, “esta falta de publicación oficial no significaba, desde luego, que las Sentencias anulatorias de una disposición general no surtiesen efectos *erga omnes* (artículo 86.2 LJCA de 1956), efectos que debían entenderse producidos desde que la Sentencia era declarada firme”. En consecuencia, “se ha sancionado al recurrente en amparo al aplicar un tipo disciplinario inexistente, con lo que se ha infringido el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*”.

### B) Principio de legalidad formal y reglamentos parlamentarios

Repitiendo doctrina constitucional ya consagrada, la **STC 301/2005, de 21 de noviembre**, establece, respecto a las infracciones y sanciones previstas en los Reglamentos de los Parlamentos frente a posibles conductas de los parlamentarios, que “desde una perspectiva formal, la exigencia de que las sanciones se establezcan en normas que tengan rango legislativo (...) se ve satisfecha si se incluyen en los reglamentos parlamentarios, ya que éstos ‘tienen fuerza de ley y (...) en algunos supuestos pueden considerarse como normas interpuestas entre la Constitución y las leyes’ (STC 227/2004, de 29 de noviembre, FJ 2º, *ab initio*)”. Sea como fuera, en el caso enjuiciado –medida adoptada por el Presidente del Parlamento Vasco de prohibir al parlamentario D. Carlos Iturgáiz su asistencia a las dos sesiones plenarias siguientes–, se otorga el amparo pues ningún precepto del Reglamento del Parlamento Vasco permitía al Presidente adoptar tal acuerdo.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### C) Flexibilidad de la reserva de ley en las relaciones de sujeción especial

La STS de 30 de marzo de 2005, Sección Tercera, Ar. 2619, reitera que las empresas auditoras de cuentas se encuentran en relación de especial sujeción con la Administración. En consecuencia, ello justifica que “el principio de reserva de Ley pierde parte de su fundamento material, al ser dichas relaciones expresivas de una capacidad de autoordenación que se distingue del *ius puniendi* genérico del Estado”. Igualmente, se insiste en la admisión de las normas sancionadoras en blanco existentes en este ámbito y en que las normas técnicas a las que se reenvía se publiquen en el Boletín del ICAC.

### D) Anulación del artículo 67.c) del Estatuto General de Procuradores de los Tribunales por vulnerar el principio de tipicidad

La STS de 28 de febrero de 2005, Sección Sexta, Ar. 3282, anula, en lo que a nosotros interesa, el artículo 67.c) del Real Decreto que aprueba el Estatuto General de Procuradores de los Tribunales. Este precepto establece que “son infracciones leves: las infracciones leves de los deberes que la profesión impone”. Para el TS, este tipo “comporta una clara indefinición que genera una duda más que razonable sobre cuál es la concreta conducta sancionable, lo que resulta contrario al principio de tipicidad y determina que deba declararse la nulidad de la infracción”.

### E) No caben los tipos de autor, aunque sí los conceptos jurídicos indeterminados

La STS de 18 de abril de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 3597, se vuelve a enfrentar al tipo previsto en el régimen disciplinario de la guardia civil consistente en “observar conductas gravemente contrarias a la dignidad de la institución”. La sentencia, tras advertir que ese tipo comprende ciertos conceptos jurídicos indeterminados que no son incompatibles en sí mismos con la exigencia de *lex certa*, concluye que para que “esa indeterminación (...) no desemboque en la inadmisibles sanción de un mero tipo de autor, sino que se dirija a la corrección de los concretos e individualizados hechos de que se estime culpable a un determinado sujeto, ha de estar, por así decirlo, compensada por la precisión de la autoridad sancionadora señalando concretamente qué actos se integran –y de qué modo– en la falta que recoge aquellos conceptos indeterminados”.

### F) Vulneración del principio de la predeterminación normativa de la sanción

El Sr. Andrés fue sancionado por la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía por la comisión de una infracción grave y otra leve, en aplicación de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre (LCEN). Dicha norma no determina la gravedad de las infracciones, limitándose a la tipificación genérica de las conductas infractoras y a establecer los criterios para que la normativa de desarrollo determine si las infracciones son leves, menos graves, graves o muy graves. Al no existir normativa de desarrollo en la Comunidad Autónoma andaluza, es la propia resolución sancionadora quien realiza la calificación jurídica de la infracción como grave. Frente a este proceder, la STC 210/2005, de 18 de julio, otorga el amparo solicitado por el Sr. Andrés respecto a la sanción grave, dado que estima “contrario al principio de legali-

dad (artículo 25.1 CE) que la concreción de si una determinada conducta, correctamente tipificada como infracción en el artículo 38 LCEN, constituye una infracción muy grave, menos grave, grave o leve se difiera al momento aplicativo de la potestad sancionadora”. Reproduciendo la doctrina constitucional contenida en la STC 100/2003, de 2 de julio, sobre un supuesto idéntico, la sentencia recuerda que “la graduación de las sanciones o calificación *ad hoc* de las infracciones no resulta acorde con el principio de taxatividad en cuanto que no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes ignoran las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta genéricamente tipificada como infracción administrativa”.

Ahora bien, debe destacarse que esta misma doctrina lleva a la sentencia a denegar el amparo solicitado respecto a la sanción leve, puesto que “la calificación de la infracción en la categoría más liviana no causa un perjuicio efectivo y real al demandante de amparo, en la medida en que tal calificación sí era previsible”.

### **3. ANTIJURIDICIDAD. ELEMENTO NECESARIO DE LA INFRACCIÓN. EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO, EN CONCRETO, DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

– Amplitud en su conexión con el ejercicio del derecho de defensa

La STC 232/2005, de 26 de septiembre, abunda una vez más en el reconocimiento de la libertad de expresión especialmente cualificada de la que gozan los Letrados de las partes en litigio y otorga el amparo a un Letrado al que le fue impuesta una corrección disciplinaria. El Tribunal Constitucional considera que las expresiones contenidas en varios escritos forenses y dirigidas a la jueza encargada del litigio (“dictar sentencia sin juicio”, “la juzgadora se inventa en ejecución otra Sentencia”, “expropiar al mandante *inaudita parte*”, “ha dictado una resolución precipitada con rapidez inusual inducida por falsedades y manejos de la parte contraria”), “se encuentran amparadas por su derecho a la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa, ya que se emplearon con el fin de fundamentar la oposición, en términos jurídicos, a las resoluciones judiciales que (...) formuló el recurrente en el ejercicio de la función de defensa que como Letrado desempeñaba en un proceso, expresiones que, además, no han traspasado el límite del insulto ni de la descalificación y sin que de ellas derive la intención de menospreciar al poder judicial”.

– Limitaciones en el ámbito militar

Un brigada es sancionado con dos días de arresto por infracción leve consistente en no mantener su neutralidad por tolerar o divulgar opciones concretas de partidos o grupos políticos o sindicales dentro de los recintos militares. En concreto, por la exhibición de una pegatina de “no a la guerra”, estando de paisano, y su posterior entrega al personal civil que prestaba sus servicios en el pabellón de suboficiales de un aeródromo militar. Explica la STS de 23 de marzo de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 3376, cómo el TEDH ha

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

dicho que “el Estado debe poder restringir la libertad de expresión allá donde exista una amenaza real para la disciplina militar. (...) A la luz de lo expuesto no cabe negar que (...) la neutralidad política y sindical resulta un límite legítimo a la libertad de expresión de los militares (...). Esta Sala considera que la razón de la imposición de una sanción al recurrente no se debió a su manifestación —por otra parte legítima— del ‘no a la guerra’, ni siquiera a su carácter partidista, (...), sino a su exteriorización en un recinto militar en contra de la prohibición expresa de las Reales Ordenanzas”.

### 4. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

#### A) Extensión del deber de diligencia: el deber de saber

Bordeando el concepto de responsabilidad objetiva, la **STS de 30 de marzo de 2005**, Sección Tercera, Ar. 2619, se ocupa del elemento subjetivo exigible en las sanciones cometidas en materia de auditoría de cuentas. A este respecto, la sentencia señala que “reconocida la capacitación técnica y conocimientos de las normas por parte de los auditores, la inobservancia de éstas ha de presumirse imputable a título de falta de diligencia, a salvo de prueba en contrario que debe aportar la demandante [sancionada]”. A pesar del tenor empleado, la sentencia considera que no existe aquí “una objetivización de la responsabilidad, pues ésta no dimana de la simple constancia del resultado, sino de la inferencia de que este resultado, según la lógica y la experiencia ordinarias, responde a una concreta causa, lo que hubiera podido desvirtuar la actora ante la justificación de la confluencia de cualquier factor desencadenante del mismo resultado extraño a su propia conducta”.

#### B) Especial extensión del deber de diligencia cuando las conductas afectan a derechos constitucionales

La Agencia de Protección de Datos impone a Salvat Editores, SA una sanción por una infracción tipificada en la LOPDP (Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal) consistente en “tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley”, en concreto, por no haber obtenido el consentimiento de los afectados. La **STS de 26 de abril de 2005**, Sección Sexta, Ar. 3928, sostiene que

“en la materia que nos encontramos, especialmente sensible porque afecta de manera directa a derechos constitucionales protegidos, las personas físicas y jurídicas que intervienen en las operaciones o procedimiento relativos al tratamiento de datos personales, no pueden desentenderse de sus obligaciones, o hacer que éstas recaigan en otras personas físicas o jurídicas, colocadas o creadas, muchas veces, con el único objeto de eludir responsabilidades. Antes al contrario, SALVAT debió haberse interesado de cuál era la procedencia de los datos personales tratados en la campaña publicitaria realizada en su beneficio y, posteriormente, poner los medios necesarios para impedir que dichos datos obtenidos ilegalmente fueran objeto de tratamiento y, definitivamente, que los folletos publicitarios llegaran a sus destinatarios”.

**C) Interpretación razonable de la norma tributaria que excluye la culpabilidad**

La aplicación de esta causa de exclusión de la culpabilidad requiere:

- La veracidad de los datos aportados por el administrado a la Administración tributaria (STSJ de Castilla y León, Burgos, de 25 de febrero de 2005, Ar. 552).
- Una especial razonabilidad en materia de exenciones fiscales (STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 11 de febrero de 2005, Ar. 386).

**5. SUJETOS RESPONSABLES****A) Quien decide sobre el uso de un tratamiento de datos de carácter personal es responsable, aunque no sea el titular de los ficheros ni realice el tratamiento directamente**

Para la ya comentada en el epígrafe anterior STS de 26 de abril de 2005, Sección Sexta, Ar. 3928, que se enfrenta a una sanción impuesta a SALVAT por la Agencia de Protección de Datos, la cuestión controvertida se centra en determinar si SALVAT, que fue la entidad que encargó la realización de una campaña publicitaria a Magic Direct consistente en el envío de unas invitaciones para asistir a un acto promocional a determinadas personas es responsable de la infracción imputada.

La sentencia destaca que la LOPDP extiende la responsabilidad sancionadora no sólo al titular o responsable del fichero (en este caso, en principio, Magit), sino también al responsable del tratamiento (en este caso, SALVAT), que es el que decide sobre la finalidad, contenido y uso de los datos personales que lo integran. Sin embargo, la sentencia añade que no basta el hecho de ser responsable del tratamiento para imponer la sanción, sino que además debe concurrir dolo o culpa. A este respecto, se advierte que en el contrato que firmó SALVAT con Magic para la prestación del referido servicio se establecía que esta última utilizaría sus propias bases de datos, creadas y mantenidas de acuerdo con la LORTAD. No obstante, la realidad fue que Magic utilizó las bases de datos de un tercero (SMI). Ante esto, la sentencia concluye:

“SALVAT es el beneficiario de la publicidad remitida y (...) a pesar de haber contratado con Magit ese servicio, consiente que un tercero (SMI), con quien no le une ninguna relación contractual, sea quien materialmente lleve a cabo dicha campaña, además con datos provenientes de sus propios ficheros, que luego resultaron que se obtuvieron contraviniendo la legislación sobre protección de datos, (y) no adopta ninguna prevención o cautela sobre los mismos. Es más, se desentiende totalmente de la cuestión. Sobre todo cuando comprueba que en el folleto publicitario que se remite a sus potenciales clientes, aparece únicamente SMI como responsable del fichero (...) No consta que moviese un solo dedo para impedir tamaña irregularidad, ni siquiera para cerciorarse de quién era esa entidad denominada SMI, y sobre todo, (...), si los datos personales que estaban siendo objeto de tratamiento, eran de fuentes accesibles al público, o en su defecto, si contaba con el consentimiento de los afectados.”

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### B) Puede serlo una Administración Pública territorial

La STS de 12 de abril de 2005, Sección Sexta, Ar. 3280, confirma la sanción impuesta a una Corporación local por infracción muy grave de la Ley de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, consistente en ceder datos personales sin consentimiento previo de los afectados. La resolución sancionadora, además, insta al Ayuntamiento a iniciar actuaciones disciplinarias contra su Secretario habida cuenta que era el funcionario responsable de los hechos.

### 6. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*

#### A) Inconstitucionalidad de los tipos que consisten en una mera acumulación de infracciones

El artículo 27.3, letra j), de la LOFCS tipifica como falta disciplinaria muy grave “haber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el período de un año”. La STC 188/2005, de 7 de julio, estima una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta contra el mismo y lo declara nulo, pues aprecia la identidad de sujeto, hecho y fundamento entre este tipo y las tres infracciones graves previamente sancionadas que dan lugar a su comisión.

Concurre la identidad de hechos, dado que “el tipo impugnado no sanciona una acción o unas acciones nuevas de un mismo infractor –realmente no se requiere un nuevo comportamiento ilícito (...), sino que se persigue sancionar, siguiendo un procedimiento disciplinario específico, hechos anteriores que tienen la particularidad de haber sido castigados previamente por la Administración con la imposición de tres sanciones disciplinarias graves”. De este modo, y a diferencia de lo que acontece con la circunstancia agravante de reincidencia, “el legislador ha creado un tipo (...) autónomo prescindiendo absolutamente de la comisión de un hecho nuevo por el infractor”. En un voto particular que se formula a la sentencia se argumenta que no existe identidad de hecho, pues “el supuesto de hecho del tipo sancionatorio que ahora se cuestiona [el artículo 27.3, letra j)] no es el simple y cabal sumando de las tres infracciones graves cometidas y sancionadas, sino éstas unidas a este determinado (y determinante) elemento novedoso: su comisión en el período de un año”. En cuanto a la identidad de fundamento, asevera el TC que “el bien jurídico protegido (...) por todas ellas es idéntico, siendo reconducible al aseguramiento o a la tutela de la organización administrativa (en este caso, la policial)”.

En definitiva, el artículo 27.3, letra j), “resulta contrario a la garantía que representa el principio *non bis in idem* en su vertiente material o sustantiva, en la medida en que mediante dicho precepto se posibilita la duplicidad en el castigo a un determinado sujeto mediante la imposición de una doble sanción disciplinaria por la realización de unos mismos hechos, teniendo dichas sanciones un mismo fundamento”.

#### B) Infracción continuada. Diferencias con la permanente o continua

A raíz de diversas mediciones en el horno de fusión de la empresa Ferro Spain, SA, la Generalidad Valenciana comprobó que los niveles de emisiones de partículas a la atmósfera

en sus focos de emisión núms. 6 y 2 eran tres veces superiores a los límites establecidos en la normativa, lo que motivó la imposición a tal empresa de dos sanciones graves independientes (una por cada foco) y una leve. No obstante, para la STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de febrero de 2005, Ar. 302, resulta de aplicación la doctrina de la infracción continuada, en virtud de la cual las emisiones realizadas son constitutivas de una sola infracción grave. Según la sentencia, para la apreciación de la infracción continuada no puede exigirse la unidad de acción, “porque su genuina naturaleza se halla en su pluralidad, mientras que el sujeto activo o el pasivo puede ser singular o plural, de manera que cabe el delito continuado con diferentes autores y con diversos perjudicados (...)”. Y añade que son “requisitos o condiciones de la infracción, para que pueda calificarse de continuada (...): la pluralidad de acciones, que obedecen a un mismo propósito, y su tipificación en idéntico precepto”. La sentencia afirma, asimismo, que, frente a la continuada, la infracción continua o permanente “consiste en una conducta reiterada por una voluntad duradera, en la que no se da situación concursal alguna sino una progresión unitaria con repetición de actos”.

### **C) *Non bis in idem*: consiente sanciones disciplinarias por cometer delitos dolosos no específicos de los funcionarios**

Un policía es sancionado con la separación definitiva del servicio por haber cometido una falta disciplinaria muy grave consistente en realizar “cualquier conducta constitutiva de delito doloso”. En la declaración de hechos probados de la sentencia penal consta que el funcionario pertenecía a una banda organizada de tráfico de drogas. Alega el sancionado en casación que se ha vulnerado el *non bis in idem* porque el fundamento de ambos castigos es coincidente puesto que “al imponérsele la condena penal, ya se tuvo en cuenta su condición de funcionario de policía”. No está de acuerdo la STS de 16 de marzo de 2004, Sección Séptima, Ar. 3341 de 2005, “pues mientras la condena penal se le impone como reproche por el delito cometido, la sanción disciplinaria se le impone en atención a su condición o *status* de funcionario público”. Se trata de dos bienes jurídicos distintos, “mientras la tipificación penal protege la salud humana, la sanción administrativa lo hace en atención a la buena imagen que debe dar la institución policial (...). Como quiera que (...) (la alegación del recurrente) tan sólo cobra eficacia cuando el hecho penalmente imputado es de los llamados específicos, es decir, de aquellos que sólo pueden ser cometidos por quienes ostenten la condición de funcionarios, en cuyos supuestos, impuesta la condena penal, ya no podría sancionársele disciplinariamente por el mismo hecho, sin violentar el *non bis in idem*, fuera de estos supuestos, cabe perfectamente la doble imposición”.

### **D) Prevalencia del proceso penal sobre el procedimiento administrativo sancionador**

La STS de 10 de mayo de 2005, Sección Quinta, Ar. 3986, explica que:

“el principio *non bis in idem* no impide que una condena penal por delito doloso pueda ser considerada también como causa de expulsión de un extranjero del territorio nacional, (pero) la cuestión debe abordarse desde una perspectiva diferente si la expulsión se funda en la comisión de unos hechos por los que existe pendiente un proceso penal. Como viene

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

declarando el TC (...), el principio *non bis in idem* conduce a que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, sea posible que ese enjuiciamiento y calificación se hagan con independencia si resultan de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. De aquí deriva una regla de subordinación de la Administración a la actuación jurisdiccional que determina que no pueda pronunciarse aquélla hasta que lo haya hecho la Jurisdicción y que los hechos declarados por ésta no puedan ser contradichos por la Administración”.

Igualmente, las SSTs de 29 de abril (3) y 10 de mayo de 2005, Sección Quinta, Ar. 3809, 3811, 3813 y 3987; y de 16 de marzo de 2004, Sección Séptima, Ar. 3341 de 2005.

### 7. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

#### A) Legitimación del denunciante para impugnar el archivo de su denuncia: supuestos en que se admite

– La Comisión Disciplinaria del CGPJ, tras un informe del Servicio de Inspección, archiva la queja de un recluso por actuación irregular de la Audiencia Provincial de La Coruña. En concreto, porque no se le notificó el Auto por el que no se accedía a su petición de revocación de licenciamiento definitivo, lo que le produjo indefensión al suponer la denegación acordada un grave perjuicio para el cómputo de la pena y para la obtención de beneficios penitenciarios. Para la STS de 6 de abril de 2005, Sección Séptima, Ar. 3385, “en este caso, (...), no ha sido completada la actuación inspectora tendente al esclarecimiento de las circunstancias que concurrieron en la ausencia de notificación de un Auto (...), ante su incidencia en la situación del recurrente (...). Por lo expuesto, procede concluir reconociendo la procedencia de una actividad de instrucción ordenada por la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, revocando el archivo del escrito de queja”.

– El Ayuntamiento de La Jorquera denunció a una empresa eléctrica ante la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por negarse a atender la petición de una nueva conexión trifásica presentada por el Ayuntamiento. Ante el archivo del expediente sancionador abierto a raíz de dicha denuncia, el Ayuntamiento interpuso recurso contencioso-administrativo, siendo éste inadmitido por falta de legitimación activa. Contra dicha inadmisión resuelve en apelación la STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de abril de 2005, Ar. 224, que estima la pretensión del Ayuntamiento y declara la obligación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de tramitar el mencionado expediente. Para la sentencia “el denunciante no tiene, por el mero hecho de serlo, la condición de interesado, a no ser que a través del expediente sancionador pueda obtener una ventaja propia distinta de la mera satisfacción de ver sancionado al infractor, y ello aun cuando la infracción pueda haberle afectado o perjudicado”. El TSJ precisa que esta jurisprudencia sólo resulta plenamente justificada respecto a los procedimientos disciplinarios, en los cuales, al estar dirigidos a revisar una vulneración puramente interna, “no resulta posible reparar la situación jurídica del perjudicado”.

Cosa distinta ocurre en los procedimientos sancionadores no disciplinarios, puesto que en ellos “la Administración ejerce potestades públicas de tutela de bienes jurídicos ajenos y

externos a ella misma”. Que los bienes jurídicos protegidos sean diferentes es lo que justifica, según la sentencia, la declaración de compatibilidad contenida en el artículo 130.2 de la LAP entre la sanción y la exigencia al infractor de la reposición de la situación por él alterada a su estado originario. Porque “sería en efecto totalmente incongruente que se dé a la Administración potestad para sancionar una conducta pero no para evitar que siga produciéndose la situación que constituye la infracción”, dado que “es obvio que quien puede lo más, sancionar por hacer o no hacer algo, puede lo menos, ordenar que se haga lo debido o deje de hacer lo indebido y que constituye, justamente, la infracción sancionada”. Sobre este razonamiento “hay que reconocer la legitimación del Ayuntamiento para pedir de la Administración que adoptase alguna medida en su favor respecto de la empresa de electricidad”, en concreto, la imposición a la empresa de la obligación de prestar el suministro. Es decir, “no puede negarse a priori que en el expediente sancionador el interesado pueda pretender la obtención de decisiones distintas de la de la imposición de la sanción y, por ello mismo no cabe negar a priori la legitimación por este motivo”.

### **B) Objetividad del instructor**

La STS de 21 de marzo de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 3372, explica que “en el ámbito administrativo sancionador, la objetividad del Instructor (...) difiere, por la naturaleza de ese ámbito y la posición en él de quien debe investigar las infracciones y proponer las resoluciones a adoptar, de la que es exigible en la esfera jurisdiccional”.

## **8. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

### **A) La inadmisión de las pruebas propuestas sólo vulnera el derecho fundamental a la prueba y tiene consecuencias invalidantes de la sanción cuando haya generado una indefensión material**

De nuevo lo recuerda la STS de 18 de abril de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 3597:

“el derecho a utilizar los medios pertinentes de prueba es instrumental del de defensa y la prosperabilidad de la queja está supeditada a que se acredite una verdadera indefensión material pues, como tiene sentado el Tribunal Constitucional, la indefensión a que se refiere el artículo 24.1 de la Constitución es tan sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte, un perjuicio de carácter material que le impida poder ejercer sus derechos e intereses legítimos en la esfera del proceso”.

En la misma línea, la STS de 21 de marzo de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 3372.

### **B) La falta de intervención del imputado en la práctica de una prueba testifical antes y después del pliego de cargos es un defecto formal que sólo lesiona el derecho fundamental a la prueba y tiene consecuencias invalidantes de la sanción cuando haya generado indefensión material**

De la STS de 18 de abril de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 3597, aplicando la doctrina constitucional ya consolidada, se deduce que, antes del pliego de cargos, se puede tomar de-

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

claraciones a los testigos sin la intervención del encartado; y que, después del pliego, esta intervención sí es necesaria pero su falta sólo tiene consecuencias invalidantes si produce indefensión material:

“debe rechazarse la queja formal consistente en la no intervención del encartado en las declaraciones testificales. Es doctrina de esta Sala, recogiendo la del Tribunal Constitucional (STC 14/1999, de 22 de febrero), que no se vulnera el derecho de defensa por la toma de declaraciones a los testigos por el Instructor llevada a cabo sin la asistencia del encartado, antes de la formulación del pliego de cargos, cuando aún no está concretada la imputación. En el caso examinado, el ahora recurrente no solicitó, en el momento procedimental oportuno el nuevo examen de esos mismos testigos, y en cuanto a los que depusieron por primera vez después de esa fase previa, aunque es cierto que se prescindió indebidamente de la presencia contradictoria del encartado, esta evidente irregularidad no es por sí sola trascendente en orden a la apreciación de la lesión del derecho. La parte no ha razonado sobre la indefensión material que le haya podido producir tal circunstancia”.

### C) La esencia de la presunción de inocencia

Recuerda, una vez más, la STS de 23 de marzo de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 3376, que “es la necesidad de que exista un mínimo de actividad probatoria de cargo realizada válidamente de la que pueda deducirse racionalmente el hecho o hechos imputados”.

### D) La presunción de validez de la resolución sancionadora no implica una inversión de la carga de la prueba

La STS de 30 de marzo de 2005, Sección Tercera, Ar. 2619, aclara que “la apariencia de validez del acto administrativo no implica en modo alguno el desplazamiento de la carga de la prueba que, tratándose de infracción y sanción administrativa, ha de corresponder a la Administración, sino que simplemente comporta la carga de recurrir en sede judicial aquella resolución sancionadora, pudiendo obviamente basarse la impugnación en la falta de prueba de los hechos imputados o de la culpabilidad necesaria que justifique la imposición de la sanción (STC 76/1990, de 26 de abril)”.

### E) La prueba testifical es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia

En la STS de 21 de marzo de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 3372, el recurrente manifiesta que ha sido sancionado por el testimonio de una sola persona (el guardia civil Darío). Pero, para la Sala “la declaración de un solo testigo de signo incriminador, como es el caso presente, es susceptible de desvirtuar ese derecho fundamental, siempre y cuando el juzgador de instancia valore y pondere con mesura y discreción las circunstancias concurrentes en el caso y elimine el testimonio que acoja toda fabulación o móviles de venganza, resentimiento u otros similares. El testimonio que la sentencia de instancia ha estimado como prueba incriminatoria reúne los requisitos de verosimilitud, persistencia y credibilidad del testigo en cuanto no resultan intereses bastardos que puedan afectar al testimonio, debiendo en este punto señalarse que las denuncias del recurrente contra el testigo, que en las actuaciones aparecen, son posteriores a la declaración jurada del Guardia Darío (...), que (es) ajeno (...) a dicho móviles de resentimiento o venganza en su declaración”.

**F) La prueba documental está sometida al principio de valoración libre y racional de las pruebas practicadas**

La STS de 16 de diciembre de 2003, Sección Sexta, Ar. 3604 de 2005, recuerda la jurisprudencia en la que se afirma que “la prueba de los documentos públicos no es superior a otras (...). El documento público no tiene prevalencia sobre otras pruebas y por sí solo no basta para enervar una valoración probatoria conjunta vinculando al Juez tan sólo respecto al hecho de su otorgamiento y la fecha del mismo”.

**G) Prueba indiciaria: requisitos para que pueda constituir una prueba de cargo válida y suficiente para destruir la presunción de inocencia**

El Tribunal de Defensa de la Competencia impone sendas multas a la entidad mercantil Azucarera Ebro Agrícolas, SA, y la Sociedad General Azucarera de España, SA por considerar acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia. En concreto, porque estas empresas que son competidoras en el mercado variaron los precios del azúcar para uso industrial en España de forma idéntica en la cuantía y coincidente en el tiempo, de lo que se deduce un acuerdo previo. La demandante (Azucarera Ebro) sostiene que no existe un enlace preciso y directo entre los hechos probados (precios idénticos) y los hechos presumidos (concertación), porque existe otra inferencia alternativa también razonable cual es la transparencia del mercado del azúcar en España, que posibilita un conocimiento profundo por cada uno de los fabricantes de las estrategias y posibilidades de sus competidores, y la tendencia lógica de seguimiento al líder. Por el contrario, para la STS de 26 de abril de 2005, Sección Tercera, Ar. 3935, la concertación de las empresas es “no sólo la explicación racional de esas variaciones coincidentes de los precios, sino la única posible”, porque los motivos alegados podrían explicar una tendencia a la aproximación de los precios, pero no que fueran idénticos. Por otra parte, añade, con carácter general, que el control de “la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión, de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él, como desde el de su suficiencia o calidad concluyente no siendo pues razonable cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa”.

En el mismo sentido, la STS de 31 de marzo de 2005, Sección Tercera, Ar. 2736, reitera que la prueba indiciaria debe “satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados —no puede tratarse de meras sospechas— y se debe explicar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora”. En el caso de autos, se imputaba la comisión de una infracción en materia de defensa de la competencia consistente en la concertación de los precios de las vacunas antigripales entre las empresas farmacéuticas que participaban en los concursos convocados por el Servicio Andaluz de Salud, “hasta el extremo de que en algunos concursos aparecen cifras decimales iguales”.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### 9. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

#### **A) Derecho a ser sancionado sólo por la acusación de la que se informó: la resolución no puede aceptar como ciertos hechos distintos de los que sirvieron de base al pliego de cargos**

Según la STS de 16 de diciembre de 2003, Sección Sexta, Ar. 3604 de 2005, “la esencia del pliego de cargos” es que en él “han de expresarse definitivamente los hechos imputados en cuanto que dicho pliego es el elemento que define realmente la acusación disciplinaria”.

#### **B) Derecho a ser sancionado sólo por la acusación de la que se informó: la resolución no puede modificar la infracción contenida en la propuesta**

El expediente sancionador se inicia imputando en el pliego de cargos a una empresa constructora el “tener instalada y en funcionamiento una grúa torre sin las preceptivas autorizaciones administrativas” [infracción que tendría su base en el artículo 31.2.b) de la Ley de Industria]. Lo mismo en la propuesta de resolución. En todo momento, la empresa centra su defensa en que la grúa torre, aun estando instalada, no había entrado en funcionamiento. Finalmente, sin responder expresamente a estas alegaciones, la resolución sancionadora acaba sancionando por “la instalación (...) de elementos sujetos a seguridad industrial sin cumplir las normas reglamentarias, cuando comporte peligro o daño grave para personas, flora, fauna, cosas o el medio ambiente” [ex artículo 31.2.a) de la Ley de Industria]. La STSJ de Extremadura de 28 de junio de 2005, Ar. 400, considera que esta alteración de la calificación y sanción por una infracción diferente genera indefensión y, en conclusión, anula la sanción.

#### **C) En vía de recurso no se puede imputar una nueva infracción a una persona distinta del recurrente**

Se sancionó a Construcciones Amador, SA como autora de un defecto constructivo en viviendas de protección oficial debido a una “incorrecta ejecución”. Planteado recurso de alzada por la constructora-promotora, se resolvió que los defectos constructivos no se debían a una incorrecta ejecución, sino a una falta de previsión de la unidad de obra, lo que suponía imputar el vicio de construcción a la existencia de defectos en el proyecto. Consecuentemente, la resolución del recurso procede a “corregir el error detectado” e imponer al arquitecto artífice del proyecto una multa, solidariamente con la impuesta al promotor. Además de declarar improcedente la utilización del instrumento de la corrección de errores, en lo que ahora nos interesa, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 18 de febrero de 2005, Ar. 272, afirma que no es posible en vía de recurso administrativo “imputar una nueva infracción a una persona distinta del recurrente”, a pesar de que, de conformidad con la normativa en materia de viviendas de protección oficial, el arquitecto aparece como responsable solidario, por lo que se le dio traslado del recurso de alzada interpuesto por la constructora-promotora. No obstante, es evidente que el arquitecto “no podía prever el resultado del recurso de alzada”, dado que “en el referido recurso en ningún momento se solicita la derivación de responsabilidad solidaria, o se imputa el defecto apuntado al proyecto de ejecución de obra”.

## 10. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### A) Origina la nulidad de la sanción extemporánea

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 17 de marzo de 2005, Ar. 216, señala como requisito de validez de la sanción el que se imponga “de acuerdo con la norma de procedimiento y en el plazo exigido por la Ley”, cuyo transcurso “determina la imposibilidad legal de efectuarla(a), y si se ha hecho, determina la nulidad radical de la sanción impuesta”.

### B) *Dies a quo* del cómputo del plazo. Especialidad en el procedimiento sancionador en materia de transportes por carretera

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que ya dimos cuenta en la crónica VII de *Justicia Administrativa*, núm. 26, la STSJ de Extremadura de 23 de junio de 2005, Ar. 399, establece que en materia de transportes por carretera “el día inicial para el cómputo del plazo (...) para la tramitación y resolución del procedimiento sancionador será el de la denuncia correctamente extendida y notificada, y no el del posterior acto del órgano competente (incoando el procedimiento)”. Esto es, se exige que la denuncia sea notificada en el acto y contenga una sucinta exposición de los hechos, matrícula del vehículo, así como aquellas circunstancias y datos que contribuyan a determinar el tipo de infracción y el lugar, fecha y hora de la misma. Cumplidas estas condiciones, “si bien formalmente no puede hablarse de procedimiento, sí que lo hay materialmente, al concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos precisos para ello”. Si no se cumplen estas condiciones el *dies a quo* se entenderá deferido al momento en que se produzca el acuerdo correspondiente. Además, a estos efectos, la Sala estima que es indiferente que el sujeto se niegue a firmar la denuncia.

### C) *Dies ad quem* del cómputo del plazo

Reitera la STS de 4 de mayo de 2005, Sección Cuarta, Ar. 3965, que el *dies ad quem* del plazo de caducidad es el de la notificación de la resolución del expediente, siguiendo así la doctrina que priva de validez interruptiva frente a los interesados a las resoluciones *ad intra* de la Administración. En la misma línea, la STSJ de Extremadura de 23 de junio de 2005, Ar. 399, matiza que el intento de notificación conforme a lo dispuesto en la LAP “evita que se produzca la declaración de caducidad” (STS de 17 de noviembre de 2003, Ar. 579 de 2004).

## 11. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES

### A) Admisibilidad constitucional de la agravante de reincidencia

Recuerda la STC 188/2005, de 7 de julio, la constitucionalidad de la circunstancia agravante de reincidencia pues “castigar una conducta ilícita posterior del mismo sujeto de

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

una manera más severa [no significa] que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo (que son) tenidos en cuenta por el legislador (...) para las posteriores infracciones administrativas”.

### **B) Firmeza de las sanciones a efectos de apreciar reincidencia o reiteración**

Insiste una vez más la STS de 23 de marzo de 2005, Sección Tercera, Ar. 2613, en que “para que pueda aplicarse la circunstancia de reincidencia para una calificación más grave de la conducta sancionable o para la agravación de la sanción prevista en la norma sancionadora, sólo será necesaria la firmeza en vía jurisdiccional del acto sancionador previo cuando explícitamente sea exigida por la norma, pero no cuando se exija genéricamente la firmeza de la resolución administrativa”. Este último sería el caso de la Ley de Defensa de la Competencia, aplicable al supuesto que la sentencia resuelve, y que se limita a calificar como circunstancia agravante la “reiteración en las conductas prohibidas”.

### **C) Las circunstancias agravantes o atenuantes apreciadas en vía penal no vinculan al órgano administrativo a la hora de fijar la extensión de la sanción**

El Sr. Miguel Ángel, funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, fue condenado por la comisión de un delito doloso contra la salud pública, en cuya realización concurrió la circunstancia atenuante por analogía de arrepentimiento espontáneo. A resultas de dicha condena, fue también sancionado disciplinariamente por la falta muy grave consistente en observar “conductas constitutivas de delito doloso”, para la cual se prevén dos sanciones alternativas: la de separación del servicio o la de suspensión de funciones de tres a seis años. Habiendo sido sancionado con la primera, alegó que la resolución sancionadora no había tenido en cuenta la existencia de una circunstancia atenuante en la comisión del delito. Sin embargo, considera la STS de 16 de marzo de 2004, Sección Séptima, Ar. 2629 de 2005, que “la circunstancia (de) que en el proceso penal se apreciara la concurrencia de alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal no significa que haya de aplicarse la sanción disciplinaria más benigna de entre las previstas”, remitiéndose en su lugar a los criterios de graduación de la sanción recogidos en el Reglamento de Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía. Igualmente, la STS de 1 de marzo de 2004, Sección Séptima, Ar. 2710 de 2005, también rechaza que quepa “establecer una relación entre la pena (impuesta en su grado mínimo) (...) y la gravedad de la conducta sancionada en vía administrativa para valorar la proporcionalidad de ésta”.

### **D) El principio de proporcionalidad de las sanciones es un principio general del derecho**

Por ello también es aplicable a las disciplinarias, aunque a éstas no les afecte la proclamación legislativa de este principio del artículo 131 LAP (STS de 22 de marzo de 2004, Sección Séptima, Ar. 3673 de 2005).

### **E) La falta de claridad normativa como circunstancia que atenúa la responsabilidad**

Ante una sanción impuesta a Telefónica, SA, en materia de defensa de la competencia, por abuso de la posición dominante, la STS de 23 de marzo de 2005, Sección Tercera, Ar. 2613,

estima como elemento apto para graduar el alcance de la sanción “la falta de claridad legislativa en torno a la cuestión de la liberalización del mercado”, pues “dicho factor, aun cuando no excluye la culpabilidad de Telefónica, SA, ni justifica la conducta (...), atenúa su responsabilidad y debió tener una mayor incidencia en la cuantificación de la multa”.

#### **F) Modulación de la sanción por el contenido afflictivo de la medida cautelar adoptada en el procedimiento disciplinario**

La STS de 21 de marzo de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 3372, rechaza la solicitud de abono, para el cumplimiento de una sanción disciplinaria de pérdida de veinte días de haberes, del cese cautelar en sus funciones que sufrió un guardia civil durante tres meses, mientras se tramitaba el procedimiento, pues esta medida no implica pérdida de haberes. Sin embargo, la sentencia dice que la medida cautelar de cese de funciones comporta la privación provisional de un derecho y, por tanto, “teniendo en cuenta, por un lado, la doble afflictión que de la sanción impuesta se deriva (pérdida de retribución y suspensión de funciones), (...), y el carácter también afflictivo de aquella medida, que comporta, sin duda, un evidente deterioro para la dignidad profesional del que se ve cesado preventivamente en sus funciones, y partiendo de la consideración de que la pena o sanción representan la medida de la culpabilidad, como retribución del hecho, (...) resulta plenamente ajustado al principio de justicia (...) y al de culpabilidad (...), entender que parte de la culpabilidad del recurrente se retribuyó con aquella afflictión preventiva que se le infligió legalmente y que, por tanto, en el momento de sancionarle, se encontraba aquélla ya disminuida, disminución que debe tener su reflejo en la suavización de la sanción, como compensación al encartado de esa privación provisional de su derecho sufrida y no abonable”. La Sala reduce la sanción impuesta de veinte a catorce días de pérdida de haberes.

#### **G) Actividad reglada o discrecional de la Administración**

Una buena muestra de la confusión tanto judicial como doctrinal existente a la hora de calificar la naturaleza jurídica de la potestad sancionadora es la STS de 4 de marzo de 2005, Sección Sexta, Ar. 2683, que en un mismo considerando se refiere, por un lado, a

“La obligada aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector de ésta afectado (...)”.

y a continuación:

“(...) la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida”.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

En esta última línea, la STS de 23 de marzo de 2004, Sección Tercera, Ar. 2613 de 2005, sostiene que “resulta, por el contrario, inevitable otorgar al Tribunal de Defensa de la Competencia un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas a parámetros de ‘dosimetría sancionadora’ rigurosamente exigibles”.

### H) La reducción de la sanción tributaria está condicionada a la conformidad con la propuesta de regularización en todos sus conceptos, incluidos los no sancionadores

La STS de 5 de marzo de 2004, Sección Segunda, Ar. 3288 de 2005, estima el recurso de casación en interés de la ley interpuesto, fijando la siguiente doctrina legal:

“el derecho a obtener la reducción del 30% de la sanción por infracción tributaria grave, regulado en el artículo 82.3 de la Ley General Tributaria, está condicionado a la conformidad del sujeto infractor con la propuesta de regularización que se le formule, de modo que, impugnada la liquidación tributaria, por discrepancia con cualquiera de los conceptos a que se refiere el artículo 58 de la Ley General Tributaria, incluidos los intereses de demora, se restablecería la sanción que se hubiera aplicado de no mediar la conformidad”.

## 12. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR MUERTE

En aplicación del principio *mors omnia solvit*, desarrollado en el ámbito del Derecho Penal, la STSJ de Murcia de 24 de febrero de 2005, Ar. 480, declara la extinción de una sanción impuesta a un administrado fallecido varios años antes de que se iniciaran las actuaciones inspectoras. El equívoco se debió a que tanto las actuaciones inspectoras como los acusos de recibo del procedimiento sancionador, si bien dirigidos al finado, en tanto que titular de las instalaciones por las que se sancionaba, fueron atendidos por sus hijos y herederos, quienes incluso llegaron a firmar el recurso de alzada en nombre del fallecido. Pese a esta conducta, que la sentencia se limita a calificar, con un discutible acierto desde el punto de vista de la buena fe procesal, de “anómala y grave”, aunque “disculpable de entender que los herederos no querían suplantar al fallecido sino que simplemente eran continuadores de la razón o nombre de la empresa”, la sentencia estima que “no es que se haya extinguido la responsabilidad por fallecimiento del sancionado, sino es que cuando se inició el expediente había fallecido años atrás y por tanto [se encontraba] extinguida la posible responsabilidad que pudiera exigirse”.

## 13. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES. SUSPENSIÓN DE LA EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES TRIBUTARIAS RECURRIDAS EN VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA HASTA QUE EL JUEZ SE PRONUNCIE SOBRE LA SUSPENSIÓN

La STS de 7 de marzo de 2005, Sección Primera, Ar. 3861, afirma que:

“la suspensión de la sanción tributaria sin garantía acordada en la vía económico-administrativa puede (y, en cierto modo, debe) mantenerse en la vía contencioso-administrati-

va, con una serie de requisitos procedimentales complementarios [...] que el interesado comunique a la Administración Tributaria en el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo que ha interpuesto dicho recurso y ha solicitado la suspensión en el mismo (...)], hasta que el órgano jurisdiccional, en el ejercicio de su peculiar potestad decisoria cautelar, y ponderando, además, los intereses públicos y privados en juego, adopte la decisión, en la pieza separada de suspensión, que al respecto estime que es la pertinente (...). No se está, pues, ante un supuesto de inicial inejecutividad de la sanción tributaria (como ha venido aceptándose en varias sentencias de la Sección Segunda de esta Sala Tercera, hasta la de fecha 5 de octubre de 2004), (...) sino ante un caso, por imperativo legal, de suspensión de la ejecutividad (...) de la sanción, hasta un determinado momento procesal o procedimental, como es, no el de la sentencia o resolución semejante de la Sala jurisdiccional, sino el del auto o resolución que la misma adopte, en base a su innata potestad cautelar (...). Y tan es así, o sea, el que se está ante una sanción en principio ejecutable, susceptible, no obstante, de poder ser suspendida sin necesidad de caución, que el artículo 37.2 del Real Decreto 1930/1998 dispone que ‘las sanciones suspendidas devengarán los correspondientes intereses de demora conforme a las reglas generales’”.

Aunque la sentencia se refiere a las sanciones tributarias, de ella se desprende una interesante línea jurisprudencial que podría ser objeto de aplicación general.

#### 14. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

##### A) La sustitución en sede jurisdiccional del tipo infractor aplicado por la Administración vulnera el principio de tipicidad

La STC 195/2005, de 18 de julio (recurso de amparo), advierte que “el principio de tipicidad exige que la Administración sancionadora precise de manera suficiente y correcta cuál es el tipo infractor determinante de la sanción. Por ello (...), no resulta posible sustituir en sede jurisdiccional el tipo sancionador aplicado por la Administración”. En sentido similar, la STC 297/2005, de 21 de noviembre (recurso de amparo), establece que “el principio de tipicidad exige que la Administración sancionadora precise de manera suficiente y correcta, a la hora de dictar cada acto sancionador, cuál es el tipo infractor con base en el que se impone la sanción, sin que corresponda a los órganos de la jurisdicción ordinaria ni a este Tribunal buscar una cobertura legal al tipo infractor o, mucho menos, encontrar un tipo sancionador alternativo al aplicado de manera eventualmente incorrecta por la Administración sancionadora”. Por tanto, “cuando la Administración ejerce la potestad sancionadora, debe ser la propia resolución administrativa que pone fin al procedimiento la que, como parte de su motivación [la impuesta por los artículos 54.1.a) y 138.1 de la Ley 30/1992] identifique expresamente o, al menos, de forma implícita el fundamento legal de la sanción”.

En la misma línea, la STC 218/2005, de 12 de septiembre. El Ayuntamiento de Zaragoza había sancionado al recurrente en amparo sobre la base del artículo 79.b) de la LGT. Este artículo tipifica como sanción “no presentar, presentar fuera de plazo previo requeri-

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

miento de la Administración tributaria o de forma incompleta o incorrecta las declaraciones o documentos necesarios para que la Administración tributaria pueda practicar la liquidación de aquellos tributos que no se exigen por el procedimiento de autoliquidación”. En el caso concreto, se trataba del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos que, según la ordenanza municipal aplicable, resulta que era exigible mediante el procedimiento de autoliquidación. Planteado recurso contencioso-administrativo, la sentencia de instancia desestimó la pretensión de anulación de la multa pues, aunque reconoció que el tipo del artículo 79.b) LGT no resultaba aplicable, sí resultaba de aplicación al caso el artículo 79.a) de la LGT: “dejar de ingresar, dentro de los plazos reglamentarios señalados, la totalidad o parte de la deuda tributaria (...)”. La Sentencia 218/2005 asegura, sin embargo, que “el órgano judicial no puede llevar a cabo por sí mismo (...) la subsunción de los hechos imputados a un sujeto bajo preceptos legales seleccionados por él *ex novo* con el objeto de mantener la sanción impuesta, y que la Administración no haya identificado expresa o tácitamente”.

### **B) Posibilidad de sustituir o modular la sanción, aunque motivándolo**

Sigue siendo frecuente que los jueces de lo contencioso-administrativo modifiquen la extensión de la sanción impuesta por la Administración o sustituyan ésta por otra de las legalmente previstas para el tipo. Entre otras, puede verse en el período analizado la **STS de 25 de febrero de 2004**, Sección Tercera, Ar. 3534 de 2005, donde la sentencia de instancia había sustituido la sanción impuesta por la Administración (separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier otra entidad financiera de la misma naturaleza por un período de un año) por otra sanción de las previstas legalmente (multa de doscientas cincuenta mil pesetas). Ningún problema ve en ello el TS, pues:

“la potestad sancionadora se ejercita con criterios estrictamente jurídicos, y, aunque es cierto que en la fijación de las sanciones se atribuye por la Ley un cierto margen de discrecionalidad a la administración al permitir graduarlas en atención de las circunstancias concurrentes, esta alternativa debe ejercerse respetando los principios generales del Derecho, y, entre ellos, el de igualdad y el de proporcionalidad, que son los que aplica el Tribunal de instancia para reducir la de los administradores, en función de utilizar los mismos criterios que se tuvieron en cuenta en las sanciones a la entidad”.

En la misma línea, la **STS de 4 de marzo de 2005**, Sección Sexta, Ar. 2683, que, no obstante, añade una importante precisión: la sentencia de instancia debe motivar este tipo de modificaciones, no bastando una genérica remisión al principio de proporcionalidad sin hacer ninguna otra consideración.

### **C) Prohibición de *reformatio in peius*, incluso respecto a los hechos**

La sentencia de instancia había incorporado una relación fáctica probatoria de la resolución sancionadora que era más grave que la establecida por la Administración al resolver el recurso de alzada contra la misma. La **STS de 9 de marzo de 2005**, Sala de lo Militar, Ar. 3358, explica que, aunque el Tribunal de instancia actúa con plena jurisdic-

ción, “esta atribución no puede extenderse hasta el extremo de declarar probado lo que la Administración finalmente no llegó a establecer como tal, porque al efectuar de oficio una nueva valoración de lo actuado en el procedimiento (...) se incurre en la vedada *reformatio in peius*”.

#### **D) La indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la imposición de una sanción no surge automáticamente por su anulación**

Así lo reitera la STS de 31 de marzo de 2005, Sala de lo Militar, Ar. 3586, que en el caso enjuiciado (guardia civil sancionado con la pérdida de quince días de haberes) rechaza lo relativo a los daños económicos pues no se propone prueba alguna sobre su realidad y, en cuanto a los daños morales (desprestigio, estado de ansiedad, etc.), entiende que quedan reparados por la sentencia que anula la sanción y le devuelve así el prestigio.

#### **E) Aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable en fase judicial**

– Se trata de un principio de aplicación imperativa y de orden público que puede ser apreciada de oficio por el órgano judicial (STS de 18 de marzo de 2005, Sección Sexta, Ar. 3371).

– En cuanto a sus consecuencias de invalidez o ineficacia sobre la sanción, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de febrero de 2005, Ar. 552, distingue dos supuestos:

“– Si el nuevo régimen sancionador (...) entró en vigor antes del dictado de la resolución sancionadora firme, este Tribunal habrá de declarar la invalidez jurídica de la resolución sancionadora por infracción del principio de retroactividad de la norma sancionadora administrativa más favorable.

– Pero en caso de que el nuevo régimen sancionador hubiese entrado en vigor con posterioridad al dictado de la resolución sancionadora firme siendo cierto que la validez de la sanción no queda afectada por la garantía de aplicación de la disposición sancionadora más favorable al no aplicarse ésta a los procedimientos ya concluidos, no lo es menos que la vigencia retroactiva del nuevo régimen sancionador ha de determinar la pérdida sobrevenida de la ejecutoriedad de una actuación administrativa que ha perdido la norma legal de cobertura (...): lo que determina que dejen de desenvolverse los efectos jurídicos de la resolución sancionadora que queden pendientes de ejecución en el momento en que entre en vigor la [nueva] norma sancionadora.”

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR  
 MANUEL IZQUIERDO CARRASCO  
 ANTONIO M<sup>a</sup>. BUENO ARMIJO  
 MANUEL REBOLLO PUIG

**VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA****Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Naturaleza y alcance de la garantía patrimonial.**

A) Expropiación de accesos a carreteras: daño a considerar desde la perspectiva expropiatoria como no antijurídico y, por tanto, no indemnizable. **3. Causa expropriandi.**

A) Liberación de expropiación consistente en la revocación de la necesidad de ocupación por desaparición de la *causa expropriandi*: doctrina general. **4. Objeto de la expro-**

**piación.** A) Concepto legal de arrendamiento de local de negocios a los efectos de su expropiación: la determinación de la naturaleza jurídica de un derecho tal compete al orden civil, sin perjuicio de la prejudicialidad del orden contencioso-administrativo.

**5. Procedimiento expropiatorio.** A) El retraso de la Administración en la tramitación del expediente expropiatorio no puede interpretarse, en ningún caso, como causa de nulidad ni de caducidad del expediente, ni tampoco puede pretenderse conculcado el principio de confianza legítima que supuestamente genera una inacción dilatada en el tiempo. B) Procedimiento expropiatorio especial de bienes de valor histórico o arqueológico: autorización de expropiación para llevar a cabo excavaciones arqueológicas que

excede de la específica habilitación de la legislación de Patrimonio Histórico. **6. Expro-**

**piación de urgencia.** A) Irrecurribilidad de las actas previas a la ocupación en las expropiaciones de urgencia por ser actos de trámite. B) La motivación del acuerdo de expropiación por la vía de urgencia ha de demostrar la mejor adecuación al interés general

perseguido de este procedimiento excepcional frente al ordinario. **7. Determinación del justiprecio.** A) Valoración de sistemas generales no previstos en el plan como suelo urbanizable cuando contribuyen a “crear ciudad” y como suelo no urbanizable en caso contrario.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Son muchas y variadas las cuestiones que abordan las sentencias analizadas en este período, que comprende la jurisprudencia producida por el Tribunal Supremo sobre expropiación forzosa durante los primeros meses de 2005. Las de mayor interés son las

que sientan doctrina general sobre aspectos diversos de la potestad expropiatoria, tales como la STS de 25 de enero de 2005, que se comenta en relación a la naturaleza y alcance de la garantía patrimonial, en la que se analizan los supuestos en que cabe valorar o no, como partida del justiprecio, la pérdida de accesos derivada de las ampliaciones y desdobles en las carreteras (tema tratado ya por nosotros desde la perspectiva de la antijuridicidad, en sede de responsabilidad patrimonial); la que se analiza en relación a la *causa expropriandi* (STS de 19 de abril de 2005), que sienta la doctrina general sobre la revocación por desaparición de la causa expropiatoria; o la STS de 4 de marzo de 2005, relativa a la caducidad y la teoría de la *Verwinkung* (protección de la confianza legítima) en esta materia. Asimismo, pese a no representar doctrina general ni ser especialmente novedosas, son de gran interés dos sentencias que se analizan en relación a las expropiaciones de urgencia: una porque se pronuncia sobre la irrecurribilidad de las actas previas a la ocupación, en tanto que son actos de trámite (STS de 8 de febrero de 2005); y la otra porque, abundando en la exigencia del mayor rigor en la apreciación de la urgencia, llega a sostener que la motivación del acuerdo de urgente expropiación ha de demostrar la mejor adecuación al interés general perseguido de este procedimiento excepcional frente al ordinario (STS de 14 de enero de 2005). Finalmente, también merece consignarse la STS de 9 de marzo de 2005 sobre valoración de sistemas generales como suelo urbanizable cuando contribuyen a “crear ciudad”, que interpreta este concepto jurídico indeterminado, de reciente elaboración jurisprudencial, para especificar los supuestos en que no concurre esta circunstancia.

## 2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL

### A) Expropiación de accesos a carreteras: daño a considerar desde la perspectiva expropiatoria como no antijurídico y, por tanto, no indemnizable

Como hemos afirmado en otras ocasiones, desde el punto de vista de la garantía de los ciudadanos frente a las actuaciones administrativas que producen un daño patrimonial no puede desconocerse que existe una similitud básica, derivada de su común finalidad, entre la indemnización por expropiación forzosa y la que procede del daño o perjuicio causado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, tal y como la jurisprudencia ha puesto de relieve en reiteradas ocasiones al admitir el juego del instituto de la responsabilidad patrimonial en supuestos relacionados con la expropiación. El problema es que no siempre es fácil distinguir procesalmente qué pertenece a cada una de estas esferas, como se desprende de los supuestos límite o fronterizos que hemos ido analizando a lo largo de estas crónicas.

Pese a ello, en alguna ocasión hemos afirmado que de tener que enunciar algún criterio o regla general que pudiera informar las relaciones entre la institución de la responsabilidad y la de la expropiación cabe sostener, con carácter general, que la responsabilidad cumple una función subsidiaria respecto del ejercicio de la potestad expropiatoria cuando la incorrecta puesta en práctica de esta potestad produce daños singulares que

## VIII. Expropiación Forzosa

no son resarcibles en concepto de justiprecio ni mediante la restitución *in natura* del bien expropiado. Por otro lado, la jurisprudencia también ha señalado reiteradamente el carácter expansivo de la regulación legal de la expropiación forzosa, que al establecer que es objeto de la misma la privación singular no sólo de la propiedad sino de cualesquiera derechos o intereses patrimoniales legítimos, admite que el justiprecio alcance no sólo los bienes y derechos directamente ocupados sino a todos los que puedan resultar afectados por la actividad expropiatoria, lo que permite valorar en el contexto de la actuación expropiatoria otros daños patrimoniales que, *prima facie*, puedan parecer derivados de un funcionamiento normal del servicio público (eventualmente asociado al cumplimiento de la *causa expropriandi*), cuyo resarcimiento queda, de este modo, absorbido en la justipreciación expropiatoria.

Abundando en esta última línea delimitadora, la STS de 25 de enero de 2005, Ar. 2004, se enfrenta a un supuesto de expropiación de una finca destinada a desdoblarse una carretera, siendo así que dicha finca era propiedad de una empresa gasolinera que solicitó una compensación del daño derivado de la supresión de un giro que arrancaba del otro lado de la carretera donde la gasolinera se ubicaba, y mediante el cual los vehículos que circulaban en la otra dirección accedían a la gasolinera por una raqueta que se eliminó con la construcción del desdoble para el que se expropiaron los terrenos. A juicio de la Administración expropiante, el perjuicio producido a la gasolinera por tal causa no es consecuencia directa e inmediata de la expropiación, sino que se deriva del funcionamiento normal del servicio, concretamente de la reordenación del tráfico, y, por lo tanto, no debía ser evaluado dentro de un expediente expropiatorio limitado exclusivamente a la cuantificación de la pérdida del derecho de propiedad de la finca expropiada, sino que —en todo caso— debió enjuiciarse a través de una reclamación de daños y perjuicios.

Frente a esta argumentación, el Tribunal Supremo se ampara en su consolidada doctrina sobre la *vis expansiva* de la cobertura patrimonial que resulta de la expropiación para afirmar que:

“en el caso ahora enjuiciado es la propia Administración recurrente la que indica que la expropiación de la finca propiedad de Repsol ha comportado la supresión del giro que estaba situado al otro lado de la carretera obstaculizando con ello el acceso, al menos en parte, de los vehículos que circulaban en dirección a Barcelona y que usaban esa raqueta que, a consecuencia de la propia obra que motiva la expropiación, fue suprimida.

De ello se deduce que no existía la imposibilidad de enjuiciar, dentro de la determinación del justiprecio, la existencia y cuantificación de los perjuicios concretados al lucro cesante aducidos por la expropiada como consecuencia de la privación de ese acceso efectuado a través del terreno que fue expropiado y que permitía el giro hacia la gasolinera propiedad de la recurrente”.

Incardinada la reclamación formulada por la expropiada como una indemnización de los daños, concretados en el lucro cesante sufrido a consecuencia de la disminución de la clientela tras la expropiación del terreno sobre el que se asentaba la raqueta que permitía el acceso rodado desde el lado opuesto al que se encontraba la gasolinera, el supuesto

es enjuiciado por el Tribunal Supremo como una modificación de la entrada y acceso a dicha gasolinera. En relación a esta cuestión, y siguiendo la doctrina sentada por la STS de 19 de julio de 2002, Ar. 6611 (con cita de antecedentes jurisprudenciales que han sido glosados por nosotros en las crónicas jurisprudenciales que esta Revista dedica al instituto de la responsabilidad patrimonial), la sentencia que se comenta declara que la indemnización de los perjuicios derivados de la pérdida de accesos a un establecimiento desde la carretera sólo procede cuando se ha privado totalmente de aquéllos, pero no cuando se produce una reordenación de dichos accesos con la finalidad de mejorar el trazado de la propia carretera. Así, según esta doctrina, ni siquiera el hecho de que la instalación del negocio estuviera dedicado exclusivamente a la carretera justificaría que el perjuicio originado al mismo tenga carácter de sacrificio indemnizable cuando el desvío del trazado se produce, no por circunstancias injustificadas o fundadas en la precipitación o en la arbitrariedad, sino por el interés general ligado a la construcción de una nueva vía. En este sentido, ya la STS de 13 de octubre de 2001, Ar. 10084, sentó lo que constituye una regla general en la materia al afirmar que:

“no resultan indemnizables los perjuicios que se irrogan por los desvíos que hubiese requerido la ejecución por la Administración de obras en las vías públicas al no estar en tales supuestos en presencia de un daño antijurídico, sino de riesgos o consecuencias lesivas que los particulares tienen el deber de soportar, con lo que desaparece uno de los requisitos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración”.

En definitiva, el daño producido en este caso a la recurrente, en aplicación de la mencionada doctrina jurisprudencial, debió ser teóricamente considerado dentro de los originados en la actuación expropiatoria. Pero una vez ubicado dicho perjuicio bajo la perspectiva de la institución expropiatoria, y al igual que ocurre cuando este tipo de daños es analizado en el contexto de la responsabilidad patrimonial, ha de rechazarse su justipreciación, pues se trata de un daño no indemnizable por carecer del rasgo necesario de la antijuridicidad.

### 3. CAUSA EXPROPRIANDI

#### A) Liberación de expropiación consistente en la revocación de la necesidad de ocupación por desaparición de la *causa expropriandi*: doctrina general

La STS de 19 de abril de 2005, Ar. 3445, resuelve el recurso de casación planteado por el Ayuntamiento de Llodio frente a una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el desistimiento acordado por dicho Ayuntamiento en relación a la prosecución de un expediente expropiatorio que había quedado sin objeto. Concretamente, el relato fáctico se remite a un Acuerdo del Pleno municipal, de 3 de diciembre de 1996, en el que se acordó liberar de expropiación forzosa a los arrendatarios de la llamada “Casa Grande”, inicialmente contemplados como sujetos expropiables para la ejecución del Proyecto de apertura de una avenida y la urbanización de la Herriko Plaza de Llodio. La liberación se acuerda por

## VIII. Expropiación Forzosa

no haber sido necesaria la ocupación de tal bien a los fines de la expropiación acordada y entender el Ayuntamiento que al haber desaparecido los bienes arrendados se habría extinguido el arrendamiento antes de iniciarse la expropiación. Con anterioridad a dicho Acuerdo municipal, importa señalar que los recurrentes del mismo eran arrendatarios de un local de negocio (un comercio de muebles) en la mencionada “Casa Grande”, que había resultado afectada por un incendio ocurrido el año 1977 y posteriormente por las inundaciones de 1983. A consecuencia de estos hechos, el Ayuntamiento acordó declarar la ruina del citado inmueble; acuerdo que fue anulado por sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que dejó sin efecto la declaración de ruina. Posteriormente, se aprobó el proyecto y el inicio del procedimiento expropiatorio, lo que implicaba la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes contemplados en la Memoria del Proyecto. El mismo Pleno municipal, en sesión de 22 de julio de 1985, aprobó los criterios generales para compensación indemnizatoria a los que alegaron tener derechos de arrendamiento sobre bienes afectados por los eventos de 1977 y 1983, y en sesión plenaria de 25 de noviembre de 1985 se aprobó la relación definitiva de esos afectados arrendatarios de bienes siniestrados entre los que estaban las recurrentes en su condición de causahabiente de los arrendatarios originarios. El citado Acuerdo de 22 de julio de 1985 resultó impugnado judicialmente, siendo declarado un acto de mero trámite por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de julio de 1990 en lo relativo a la fijación de criterios de indemnización para los arrendatarios y precaristas. Por su parte, el acuerdo de 25 de noviembre de 1985 fue igualmente recurrido en vía contencioso-administrativa, declarándose inadmisibile el recurso por extemporáneo mediante sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 14 de julio de 1990, confirmada en casación por la STS de 27 de diciembre de 1994, Ar. 10656. Durante el período de 25 de noviembre de 1985 hasta el 27 de diciembre de 1994 se suspendió el expediente expropiatorio, derribándose finalmente el edificio Casa Grande por amenaza de ruina inminente.

Lo que el Ayuntamiento combate ahora en casación es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de mayo de 2001 que estimó parcialmente el recurso deducido por los antiguos arrendatarios contra el acuerdo municipal de liberación de expropiación adoptado el 3 de diciembre de 1996. Dicha sentencia de instancia considera que al dictar el Acuerdo municipal impugnado el Ayuntamiento ha ido contra sus propios actos (contra los Acuerdos de 22 de julio de 1985 y 25 de noviembre de 1985 antes referidos) sin acudir a la revisión de oficio de los actos administrativos o a la declaración de lesividad, que hubieran sido las vías procedentes por cuanto dichos actos reconocían derechos indemnizatorios en favor de quienes estaban contractualmente vinculados por un arrendamiento sobre bienes que, aunque siniestrados, iban a resultar afectados por el Proyecto de urbanización. El Ayuntamiento de Llodio, por su parte, pretende la casación de este pronunciamiento argumentando que sus Acuerdos de 22 de julio de 1985 y 25 de noviembre de 1985 eran actos de mero trámite de los que no se generaban derechos para la continuación del expediente expropiatorio; derechos que sólo se generarían al efectuarse la ocupación, entendiéndose por ello ajustado a Derecho su Acuerdo de 3 de diciembre de 1996 que libera de expropiación al haber desaparecido por siniestro los bienes arrendados, a lo que habría que añadir el derribo del edificio, que fue posterior al inicio del expediente expropiatorio y que hizo que la expropiación quedase sin objeto antes de haberse procedido a la ocupación.

Ante estos argumentos, el razonamiento del Tribunal Supremo se centra en el análisis de la potestad revocatoria en materia expropiatoria. En primer término, el Tribunal Supremo recuerda su conocida doctrina sobre la cuestión, según la cual:

“procede la revocación cuando valorando las circunstancias de la causa de la expropiación se aprecie que ha desaparecido la necesidad de ocupación o, en su caso, la utilidad pública o el interés social que justifican aquélla. Pero es más, cuando se dan las citadas circunstancias y no se han generado derechos para el expropiado, la revocación viene impuesta por los principios de eficiencia y buena administración que deben presidir el actuar de la Administración, sin que tampoco pueda olvidarse que el artículo 33 de la Constitución sólo admite la privación de la titularidad de los bienes y derechos por razones de utilidad pública o interés social, por lo que si estos requisitos desaparecen antes de que se consume la expropiación y nazca un derecho para el particular el continuar adelante con aquélla no resultaría conforme a dicha exigencia constitucional”.

Con carácter general, cabe recordar que la revocación de un acto administrativo opera con distinto alcance en función de la clase de acto de que se trate. Así, como corolario de los principios de que nadie puede ir contra sus propios actos y de seguridad jurídica, los actos declarativos de derechos que reconocen una situación de ventaja para sus destinatarios son irrevocables, habiendo de seguirse para su revisión uno de los procedimientos establecidos en los artículos 102 y 103 de la LRJPAC. La revocación no podrá ejercitarse, pues, cuando resultare contraria a los derechos de los particulares, de modo que una revocación de actos declarativos de derechos sería una medida materialmente expropiatoria por la que habría que indemnizar oportunamente el perjuicio causado. Por el contrario, una interpretación conforme a la equidad determina que la revocación de los actos restrictivos de derechos, como la expropiación, no tenga más límites que el interés general, que es la única circunstancia a considerar en estos casos. Por consiguiente, cuando la revocación produce un resultado más favorable al interesado no tiene otro límite que el interés general, tal y como ha reconocido constantemente la jurisprudencia. Es por ello que la revocación de la necesidad de la ocupación no tiene que someterse al procedimiento revisorio de los actos declarativos de derechos. Si una actuación expropiatoria carece de objeto porque la revocación del acto principal deja sin contenido el expediente estamos ante la eliminación de un acto restrictivo de derechos que no ha de someterse a las garantías procedimentales que consagran los artículos 102 y siguientes de la LRJPAC, sin perjuicio de la posible revisión jurisdiccional del ejercicio de esta potestad discrecional si se prueba la existencia de una norma expresa que prohíbe la revocación en ese caso o ésta se produce en desviación de poder. Al hilo de esta última consideración, la sentencia comentada precisa que:

“la revocación es una facultad discrecional de la Administración y por lo tanto sometida al principio de legalidad. No puede ser ejercitada cuando resulte contraria a la Ley. La Ley ha de permitir la revocación, de modo que si la prohíbe no puede producirse, incluso si con ella se favorece al interesado en el caso concreto. Aunque este supuesto no se encuentra fácilmente en el ordenamiento jurídico, sí aparece que sería contraria a la Ley la revocación de un acto que tendría que ser declarado lesivo en los supuestos del artículo 103 de la Ley

## VIII. Expropiación Forzosa

de Procedimiento. No se puede permutar una declaración de lesividad por una revocación. En virtud del principio de legalidad la eliminación de los actos administrativos tiene unos supuestos concretos y un procedimiento tasado.

Otra forma de actuar la legalidad es la predeterminación de una finalidad de interés público que debe cumplir el acto administrativo. El control de la consecución de esta finalidad se obtiene por la vía de la desviación de poder. La discrecionalidad exige que en el acto exista un concreto interés público señalado por la Ley: la llamada legalidad material. La facultad de adoptar los medios a los fines es un juicio de oportunidad, controlable en vía de recurso por desviación de poder, lo que recorta la libertad de acción operativa de la Administración para que responda al concreto interés público exigido por la Ley según el tipo de acto de que se trate”.

Añadiendo que, como el propio Tribunal Supremo tiene declarado:

“si bien la paralización de un expediente expropiatorio obliga a la Administración a proseguirlo mediante los trámites correspondientes a la fijación del justiprecio hasta su terminación (Sentencias de esta Sala de 2 de marzo de 1988, 28 de septiembre de 1985, 22 de febrero de 1985, 21 de diciembre de 1990, 18 de febrero de 1993, 28 de marzo de 1995 y 21 de febrero de 1997), ello sólo tiene lugar cuando no concurren los presupuestos para el desistimiento, pues, como declara la Sentencia de 21 de febrero de 1997 (...), iniciado el expediente de justiprecio, la Administración expropiante, al menos cuando no se ha producido todavía la ocupación de los bienes expropiados, puede desistir expresa o tácitamente de la expropiación y en este caso no está obligada a proseguir el expediente expropiatorio, sino a indemnizar los daños y perjuicios originados a los expropiados. La imposibilidad de desistir de la expropiación, como declaran las Sentencias de 2 de junio de 1989 y 23 de marzo de 1993, se produce cuando ésta está ya consumada por haberse producido la ocupación material del bien expropiado o por haberse fijado el justiprecio, ya que entonces surge un derecho subjetivo del expropiado que no puede quedar vulnerado con un desistimiento del beneficiario de la expropiación y se conculcaría además lo dispuesto en el artículo 6.2 del Código Civil, según el cual la renuncia de los derechos reconocidos por las Leyes sólo será válida cuando no contrarie el interés o el orden público ni perjudique a terceros”.

En consecuencia, el Tribunal declara haber lugar al recurso de casación planteado, debiendo estarse:

“a lo señalado por esta Sala en su Sentencia de 16 de octubre de 2003, al contemplar los límites de la revocación de los actos restrictivos de derechos como es la expropiación, debiendo tenerse en cuenta, lo que en ella se argumenta, en el sentido de que la revocación de la necesidad de ocupación no tiene que someterse al trámite de los actos declarativos de derechos, así como que una actuación expropiatoria carece de objeto, cuando por medio de la revocación del acto principal se deja sin contenido el expediente.

En el caso de autos, ni se había producido la ocupación material del bien expropiado, ni se había fijado el justiprecio, ni ninguna desviación de poder se ha acreditado en la actuación del Ayuntamiento al dictar el Acto de 3 de diciembre de 1996 que acuerda la liberación de

la expropiación (...) con base en la siguiente argumentación: motiva el presente acuerdo el no haber sido necesaria la ocupación de bienes relacionados o adquirir los derechos indispensables para el fin de la expropiación, ello conforme al artículo 15 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa y entender que desaparecidos los bienes arrendados se extingue el arrendamiento lo que se había producido con anterioridad al juicio de la expropiación”.

Nada dice el Tribunal Supremo, sin embargo, sobre el procedimiento de liberación expropiatoria escogido por el Ayuntamiento en este caso para proceder a la revocación expropiatoria, y acaso ello hubiera merecido alguna consideración si se tiene en cuenta que dicho procedimiento no está únicamente previsto en la legislación urbanística para conseguir un efecto puramente revocatorio, sino, más bien, para modular la medida acordada al interés general perseguido en cada caso, de modo que la liberación expropiatoria “libera” al expropiado de la sustracción patrimonial, pero no lo deja necesariamente a salvo de otras consecuencias gravosas —aunque menos— llamadas a compadecer el destino de sus bienes con los intereses generales en presencia.

#### 4. OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

##### **A) Concepto legal de arrendamiento de local de negocios a los efectos de su expropiación: la determinación de la naturaleza jurídica de un derecho tal compete al orden civil, sin perjuicio de la prejudicialidad del orden contencioso-administrativo**

A lo largo de estas crónicas ha quedado dicho que la obligada extinción del vínculo arrendaticio que deriva de la expropiación del inmueble donde radica un local de negocios determina el surgimiento de un derecho a indemnización que, según la consolidada jurisprudencia pronunciada al hilo del artículo 44 de la LEF, debe ser suficiente para posibilitar la continuación del negocio en otro local de características similares, sin que ello suponga una merma o detrimento económico para el arrendatario afectado. De ello es fácil deducir que el justiprecio derivado de la extinción de un arrendamiento de negocios suele ser mayor, dado el coste de reposición señalado, que el que pueda provenir de la extinción de otros tipos de arrendamiento. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la calificación jurídica de un derecho patrimonial como arrendamiento de “local de negocio” presupone la interpretación de un concepto jurídico indeterminado que ha de dilucidarse en el contexto hermenéutico de normas civiles, de modo que si ésta es cuestión debatida, el pronunciamiento que sobre este extremo se produzca en sede contencioso-administrativa será simplemente prejudicial, como precisa la STS de 25 de febrero de 2004, Ar. 2587 de 2005.

La citada sentencia se enfrenta en sede casacional a un supuesto en el que el Tribunal a quo desestimó el recurso contencioso-administrativo deducido contra el acuerdo de un Jurado expropiatorio que no valoró a efectos expropiatorios la extinción de un derecho de arrendamiento de “local de negocio”. La razón fue, tanto para el Jurado como para el Tribunal de instancia, que no se trataba de un derecho tal porque no concurrían en él los requisitos legales que permiten afirmar la existencia de un arrendamiento de un verdadero local de negocio.

## VIII. Expropiación Forzosa

En su pronunciamiento prejudicial acerca de la naturaleza del contrato de arrendamiento expropiado por la Administración, la sentencia comentada sostiene que el mismo se plasmó en acuerdo verbal celebrado en 1979, y que en dicho contrato se subrogó el recurrente (expropiado) al fallecimiento de su padre. Para conocer si la naturaleza de dicho contrato es o no la de arrendamiento de local de negocios, la sentencia acude a la jurisprudencia sentada por la Sala Primera del Tribunal Supremo para constatar que ésta viene sosteniendo que la nota de diferenciación esencial y más ostensible entre los conceptos de “solar” y de “local de negocio” deducida del artículo 1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (aplicable al caso en razón de la fecha de celebración del contrato), está en que se trate de un lugar habitable cuyo destino principal no sea la vivienda sino la explotación de una actividad lucrativa. Exigiendo la jurisprudencia civil, además, que se den estas circunstancias en el momento de celebrar el contrato, no en el de formular la demanda (es decir, sin que puedan tenerse en cuenta las actuaciones y mejoras del arrendatario), que es cuando las partes conciertan sus voluntades sobre un objeto determinado por su especie y no por el nombre que quieran darle los contratantes cuando no conste claramente que lo hacen en atención a las que puedan adquirir más adelante. En este sentido, la Sala Tercera constata que el contrato verbal analizado en el caso de autos recayó sobre un terreno no habitable a estos efectos legales, por cuanto la habitabilidad exige un mínimo de condiciones o requisitos para que en el mismo pueda ejercitarse la actividad mercantil o industrial que no se daban en el terreno expropiado en el momento de celebrarse el negocio arrendaticio, lo que impide su consideración como arrendamiento de “local de negocio”, por tratarse de un simple arrendamiento de un espacio de suelo urbano regido por la legislación arrendaticia común, aunque el arrendador dedicara luego el terreno a almacén de caravanas y remolques y que con el paso del tiempo se levantaran unas construcciones efímeras a modo de barracones de madera y fácilmente desmontables, y en las que al parecer se desarrollaban actividades de administración y comerciales pero sin duda subsidiarias de la principal de estacionamiento y guarda de las caravanas y remolques que allí aparcaban.

Lo expuesto lleva al Tribunal a confirmar la sentencia recurrida y a desestimar el motivo casacional invocado. Cabe apostillar, finalmente, que la prejudicialidad de orden contencioso-administrativo que hace la sentencia que se comenta no vincula al orden civil competente para resolver finalmente el proceso de desahucio entablado o determinar en cualquier otro la naturaleza jurídica del derecho patrimonial considerado, pues como dice el artículo 4.2 de la LJCA, la decisión que se pronuncie en el orden contencioso-administrativo “no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente”.

### 5. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

**A) El retraso de la Administración en la tramitación del expediente expropiatorio no puede interpretarse, en ningún caso, como causa de nulidad ni de caducidad del expediente, ni tampoco puede pretenderse conculcado el principio de confianza legítima que supuestamente genera una inacción dilatada en el tiempo**

La STS de 4 de marzo de 2005, Ar. 3325, aborda la cuestión de los efectos que una dilación indebida en la resolución del procedimiento expropiatorio pudiera causar desde la perspectiva de su validez y eficacia. Es sabido que los efectos perniciosos de una demora

tal son atendidos en la legislación expropiatoria con los mecanismos específicos del devengo de los intereses de demora y la retasación, por lo que es descartable que pueda pretenderse en este contexto un efecto invalidante del incumplimiento de los términos y plazos en los términos que permite, según qué casos, el artículo 63.3 de la LRJPAC. Sin embargo, también ha de tenerse presente que las dilaciones excesivamente prolongadas en el ejercicio de la potestad expropiatoria pudieran eventualmente merecer algún género de compensación al margen de los mecanismos específicos que prevé la LEF si se tiene en cuenta la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos –comentada por nosotros en estas crónicas– *Sporrong y Lönnroth*, de 23 de septiembre de 1982. No obstante, cabe recordar que en el citado caso el Tribunal de Estrasburgo no se enfrentaba en puridad a una expropiación en sentido formal, en tanto que no había existido una privación efectiva del derecho de propiedad de los recurrentes. Antes bien, la “privación” denunciada en el caso provenía de la congelación de ciertas propiedades urbanas que estuvieron durante largos años bajo la “espada de Damocles” de una eventual expropiación proyectada y autorizada, pero no ejecutada, y de una correlativa prohibición de construir. La combinación de ambas medidas convertía el derecho de propiedad de los afectados, a juicio del Tribunal, en algo “precario y revocable”, imponiéndoles “una carga especial y exorbitante” que rompía “el justo equilibrio que debe reinar entre la salvaguardia del derecho de propiedad y las exigencias del interés general”.

En este contexto adquiere especial interés la mencionada STS de 4 de marzo de 2005, que analiza un supuesto expropiatorio ya de por sí singular, referido a la expropiación-sanción que preveía el TRLS de 1992 en los supuestos de incumplimiento del deber de edificación de los propietarios de suelo urbano. La figura se aplica por la Gerencia Municipal de Sevilla sobre una edificación ruinoso ubicada en el centro de la ciudad (en la calle Sierpes), iniciándose un procedimiento expropiatorio que estuvo paralizado durante casi cinco años desde la declaración de incumplimiento del deber de solicitar licencia de edificación. Durante ese tiempo acaecieron otras circunstancias que arrojan nuevas perspectivas al problema, entre las que destacan la anulación de los preceptos del TRLS de 1992 que contemplaban este supuesto de expropiación-sanción por obra de la STC 61/1997 o que la legislación posterior erradicase esta singular fórmula expropiatoria de nuestro ordenamiento. Ante estas circunstancias, unidas al excepcional retraso en el ejercicio de la potestad expropiatoria, los propietarios del edificio en cuestión entablaron un proceso contencioso-administrativo en el que sostenían la nulidad del procedimiento expropiatorio por tres causas: la desaparición de la *causa expropriandi* tras la citada STC 61/1997, la naturaleza invalidante del incumplimiento de los plazos expropiatorios por parte de la Administración y, finalmente, por la vulneración del principio de confianza legítima (doctrina de la *Verwinkung*) que se produjo por el retraso en el ejercicio de un derecho de expropiación sobre el que se había generado la confianza legítima de que no sería ejercido. Todas estas pretensiones fueron puntualmente desestimadas por la Sala de instancia, al igual que son desestimadas por el Tribunal Supremo.

Del conjunto de esta larga y fundada sentencia merecen ser especialmente resaltados, a nuestro juicio, los argumentos vertidos por el Tribunal Supremo para rechazar la alega-

## VIII. Expropiación Forzosa

ción de desconocimiento de la doctrina de la *Verwinkung*, de un lado, y de caducidad del procedimiento, de otro.

Como es sabido, la doctrina de la *Verwinkung* se formula en Alemania en relación a la inteligencia del principio de protección de la confianza legítima, que entronca con los más clásicos principios de la seguridad jurídica y de la buena fe en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. Dicho principio comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –verdadero artífice de su formulación en nuestro ordenamiento–, que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. Como expresa la sentencia comentada:

“la virtualidad del principio de confianza legítima puede suponer, por ello, la anulación de un acto administrativo y, en su caso, el reconocimiento de la obligación de la Administración de responder de la alteración producida de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento cuando dicha alteración acaece sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta o sin las debidas medidas correctoras o compensatorias. Todo ello en el bien entendido de que no pueden apreciarse los presupuestos para la aplicación del principio de inalterabilidad de la confianza legítima en la mera expectativa de una invariabilidad de las circunstancias. En el mismo sentido, debe tenerse en cuenta que la protección de la confianza legítima del ciudadano en el actuar de la Administración no se aplica a los supuestos de cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha ‘confianza’ se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la apariencia de legalidad que la actuación administrativa a través de actos concretos revela”.

A tenor de esta formulación del principio, el Tribunal Supremo rechaza el motivo casacional planteado afirmando que en el caso de autos no cabe apreciar que la actuación del Ayuntamiento haya quebrantado la buena fe, ni resulta en modo alguno aceptable que

“la recurrente hubiera podido lógicamente deducir que el retraso en la fijación del justiprecio era una señal evidente y la única razonablemente aceptable de un abandono por parte de la Administración de la voluntad de continuar el procedimiento expropiatorio. Dicho retraso podría generar la confianza de la procedencia en su caso del abono de intereses, pero en modo alguno resulta aceptable pensar que la actora pudiera deducir del mismo la voluntad de la Administración de abandonar el procedimiento expropiatorio”.

Otra cosa sería contraria, cabría añadir, al principio de irrenunciabilidad y ejercicio efectivo de la competencia que rige la actuación de potestades administrativas.

En relación a la caducidad del procedimiento expropiatorio aducida por los recurrentes, ya el Tribunal *a quo* había señalado su improcedencia afirmando que no cabe decir que aquí estemos ante un procedimiento no susceptible de producir efectos favorables para el interesado (que, como es sabido, es el presupuesto legal de la caducidad para los procedimien-

tos iniciados de oficio), puesto que de lo que se trata precisamente es de fijar la indemnización a que tiene derecho el propietario; apuntando, además, que ningún sentido tendría reclamar la caducidad del expediente de justiprecio salvo que lo que verdaderamente se pretenda sea el inicio de una nueva valoración del precio obteniendo una retasación “interna” al margen de lo previsto por el artículo 58 de la LEF, lo que resulta inadmisibles. Por su parte, el Tribunal Supremo desarrolla su razonamiento para rechazar esta alegación en un fundamento que, pese a su extensión, merece la pena reproducir íntegramente, dado su valor de doctrina general sobre la caducidad en materia expropiatoria:

“Considera la recurrente que aceptar que un procedimiento para la fijación de justiprecio puede durar ‘eternamente’ infringe lo dispuesto en el artículo 49 de aquella Ley (la LPA de 1958, aplicable al caso), por lo que se estaría en el caso de autos permitiendo la perpetuación indefinida de solares no edificados, cuando la finalidad procedente sería no que el expropiado reciba el justiprecio, sino que el solar fuera edificado. Considera además que la paralización del procedimiento por causas objetivamente imputables a la Administración determinaría la caducidad del procedimiento y cita en apoyo de sus pretensiones Sentencias de esta Sala relativas a la caducidad, tales como las de 29 de enero de 1994, 30 de septiembre de 1988, 30 de junio de 1999, etc., si bien todas ellas dictadas en el ámbito de procedimientos sancionadores.

A efectos de resolver la cuestión planteada, procede hacer unas previas consideraciones generales. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 136/1995, de 25 de septiembre, señaló:

‘Es indudable que las resoluciones por las que los Jurados de Expropiación fijan el justiprecio ultiman la vía administrativa y que contra las mismas ‘procederá tan sólo el recurso Contencioso-Administrativo’ (artículo 35.2 LEF), por lo que merecen la consideración de ‘actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo’ a los efectos del artículo 1.1 LJCA. Es claro, también, que en el presente asunto el Jurado Provincial dejó transcurrir con creces el plazo para resolver, sin justificar las causas del retraso, incumpliendo una obligación legalmente impuesta (artículo 34 LEF) y causando una demora en el efectivo reconocimiento del derecho subjetivo del hoy actor a percibir una indemnización como consecuencia de la expropiación de sus bienes.

Es igualmente cierto que ante la conducta omisiva del Jurado de Expropiación el hoy actor denunció debidamente la mora, sin que esta denuncia pueda ser restrictivamente considerada, como pretende el Abogado del Estado, a los solos efectos de devengo de intereses ex artículo 56 LEF, puesto que no cabe descartar su validez como manifestación reaccional del administrado por la que se interesa que la Administración ponga remedio a su inactividad. Es más, aunque se partiera de la premisa de que el procedimiento ante el Jurado de Expropiación es un procedimiento incoado de oficio, no puede desconocerse: que de él pueden derivarse efectos favorables para el expropiado, que éste ha sido parte en el referido procedimiento y en él ha formulado una valoración de los bienes expropiados mediante la hoja de aprecio a la que no cabe negar características materiales de petición y, en fin, que en este caso el procedimiento trae causa de una previa actuación de gravamen

## VIII. Expropiación Forzosa

de la Administración –que conlleva nada menos que la ocupación de la finca sin consignación previa– que produce sin duda una minoración de la esfera jurídica del particular. Por esta razón, como se declaró en el ATC 409/1988, ‘no es cierto que, en virtud de una interpretación formalista, un recurso Contencioso-Administrativo dirigido contra la eventual denegación tácita de la petición (en aquel supuesto como en el presente, a formular ante la pasividad de un Jurado de Expropiación Forzosa) hubiere de ser inadmitido por inexistencia de acto previo. Si esto ocurriera, siempre se podrá acudir de nuevo ante este Tribunal invocando el artículo 24.1 de la Constitución’.

Finalmente, tampoco la admisión del recurso supone necesariamente –como pretende el Abogado del Estado– que los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo tengan que sustituir al Jurado de Expropiación y fijar por sí el justiprecio, puesto que, sin perjuicio de que la jurisdicción no tiene por qué tener siempre un carácter exclusivamente revisor, es lo cierto que, para la satisfacción del derecho a la tutela del recurrente les puede bastar con ponderar, en cada supuesto, las circunstancias causantes de la inactividad administrativa en relación con los perjuicios que de aquélla se puedan derivar para los derechos e intereses legítimos del administrado, reconociendo, en su caso, su derecho a que el Jurado de Expropiación resuelva en plazo, y adoptando, en el trámite de ejecución de Sentencia, las medidas necesarias para reparar esa inactividad de la Administración’.

Supuesta la premisa de que el Jurado Provincial debe resolver fijando justiprecio en plazo, según le exige el artículo 34 LEP pudiéndose acudir a los Tribunales en caso de inactividad de éste, ha de tenerse en cuenta que Sentencias de esta Sala reiteradas, por citar entre otras la de 20 de septiembre de 2001, o de 29 de mayo de 2003 han señalado que aun cuando sea cierta la tardanza de la Administración en la fijación de justiprecio, ello trae como consecuencia no la caducidad del procedimiento sino el correspondiente devengo de intereses como si la cantidad fuese líquida desde el principio.

En la Sentencia referida de 29 de mayo de 2003 se señalaba:

‘Se alega por los recurrentes, dentro del motivo general segundo, la infracción, que se dice cometida, de lo dispuesto en los artículos 99.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, del artículo 43.4 de la Ley 30/1992 en relación con el número 1 de la Disposición Transitoria de dicha Ley, así como de lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil; y todo ello en relación con la desestimación de la pretensión de caducidad del expediente expropiatorio del derecho de reversión.

Entiende la Sala que la denegación de la caducidad del expediente expropiatorio que tuvo su inicio el 13 de noviembre de 1990 ha sido correctamente resuelta por la Sala de instancia la cual, después de constatar la inactividad administrativa desde que los recurrentes presentaron el recurso de reposición el 27 de marzo de 1991 hasta la resolución de 23 de febrero de 1996, estima que dicha inactividad no produce los efectos jurídicos pretendidos por los demandantes ya que el artículo 99 de la Ley de Procedimiento Administrativo tan sólo fija un plazo de caducidad para el supuesto de que sea dicha inactividad imputable al administrado, mientras que el artículo 24.3 de la Ley sólo contempla la responsabilidad disciplinaria del funcionario o autoridad causante de la falta de resolución del expediente, pero

no establece la caducidad del mismo; por ello la Sala de instancia correctamente rechazó la argumentación actora, al no resultar aplicable lo dispuesto en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992 por no haber su aplicación retroactiva a un expediente iniciado con antelación a su vigencia, como prescribe la Disposición Transitoria Segunda de dicho texto legal’.

También ha de tenerse en cuenta la Sentencia dictada por esta Sala el 16 de enero de 2003, que acepta que los retrasos, como el contemplado en el caso de autos comportan una infracción del artículo 34 LEP pero añade ‘ello no es razón suficiente para entender que tal infracción dé lugar a un vicio determinante de la anulabilidad del Acuerdo del Jurado. Las consecuencias del retraso vienen determinadas por la obligación de abono de intereses a que se refiere el artículo 52 en relación con el artículo 56 de la LEP’.

Como la propia parte recurrente acepta al fundamentar su segundo motivo de recurso, la iniciación de la pieza separada de justiprecio tiene lugar por Decreto del Gerente Municipal de Urbanismo de 24 de abril de 1992, siendo por tanto aplicable el procedimiento contemplado en la LPA de 1958, conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. De este marco normativo que resulta aplicable, la tardanza en dictarse la resolución del Jurado (4 años y once meses) y posteriormente en la formalización de las actas de ocupación y pago, no podría comportar en aplicación de lo dispuesto en los artículos 99 en relación con el artículo 24.3, la caducidad pretendida por la recurrente, en línea con lo argumentado en la precitada Sentencia de 29 de mayo de 2003. Pero además, como ya se ha expuesto, las consecuencias del retraso en la fijación del justiprecio no determinan la anulabilidad del Acuerdo del Jurado, sino el necesario abono de intereses, consideraciones estas que llevan a la desestimación del segundo motivo de recurso formulado.”

### **B) Procedimiento expropiatorio especial de bienes de valor histórico o arqueológico: autorización de expropiación para llevar a cabo excavaciones arqueológicas que excede de la específica habilitación de la legislación de Patrimonio Histórico**

La STS de 7 de febrero de 2005, Ar. 1755, se pronuncia en sede casacional sobre la legalidad de una Orden de la Consejería de Cultura y Patrimonio de la Junta de Extremadura por la que se declaraba la necesidad de ocupación de los terrenos en los que se encuentra enclavado el Dolmen de Toriñuelo, en el término municipal de Jerez de los Caballeros. La citada Orden traía causa en el Decreto 74/1994, de 17 de mayo, aprobado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura para declarar de utilidad pública la excavación arqueológica del citado Dolmen, declarado Bien de Interés Cultural de conformidad con la legislación de patrimonio histórico-artístico.

Las razones argüidas en los actos mencionados para proceder a la expropiación de dicho bien se apoyaban genéricamente en la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español y en la LEP. Debe señalarse, en este sentido, que el artículo 37.3 de la citada Ley 16/1985 contempla tres causas tasadas para justificar la utilidad pública o interés social en orden a la expropiación de Bienes de Interés Cultural: a) que el bien en cuestión se halle en

## VIII. Expropiación Forzosa

peligro de destrucción o deterioro; b) que se constate un uso del mismo incompatible con sus valores, o c) que existan inmuebles que impidan o perturben la contemplación de los bienes afectados o den lugar a riesgos para los mismos. Sin embargo, ni el Decreto autonómico ni la Orden encausada se acogían formalmente a ninguna de las tres finalidades establecidas en el señalado precepto. Por ello, al resolver el recurso de casación formulado contra la sentencia de instancia que desestimó el recurso contencioso-administrativo planteado por el propietario de los terrenos afectados, el Tribunal Supremo acoge las razones del propietario recordando la argumentación de su STS de 1 de febrero de 1997, Ar. 740 (recaída en un asunto relativo a un inmueble situado en Cáceres cuya expropiación autorizó la Junta de Extremadura por pretendida existencia en la misma de vestigios arqueológicos de la Hospedería Real), en la cual se decía que

“no alude la representación procesal (Administración) al trascendental argumento jurídico en el que el Tribunal *a quo* basa su decisión anulatoria del mencionado Decreto, cual es que, a los fines de realizar excavaciones arqueológicas (único contemplado por aquél), la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, no autoriza la expropiación sino la mera ocupación mediante la correspondiente indemnización, como establece en su artículo 43, ya que el artículo 37.3 de la misma sólo considera causa justificativa de interés social para la expropiación el peligro de deterioro o un uso incompatible con los valores de los bienes afectados por una declaración de interés cultural o bien permite expropiar un inmueble cuando impida o perturbe la contemplación de los bienes afectados por la declaración de interés cultural o dé lugar a riesgos para los mismos, sin que sean estas finalidades recogidas en el referido Decreto impugnado sino simplemente la de llevar a cabo excavaciones arqueológicas”.

En relación a este caso, el de autos guarda una identidad sustancial, por lo que el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación añadiendo que

“las razones que avalan la necesidad de expropiación (cuando de expropiación se tratare) deben constar en la declaración misma, y no meramente en el expediente; que en el informe a que se alude ni siquiera consta la fecha en que se ha emitido, la cual –para tener esa eficacia que pretende dársele– tendría que ser anterior a la declaración de necesidad de ocupación y estar autenticada, requisitos que aquí no se dan, entre otras razones porque ni fecha lleva; porque la declaración de necesidad de ocupación debe contener la descripción –líderos, superficie, etc.– de los bienes de que se trate, lo que aquí no se ha cumplido, lo cual es lógico, pues mal puede decirse que hay que expropiar un bien, sin precisar de qué bien se trata [sin que esto que decimos suponga entender que en el caso que nos ocupa, y tal como se plantea, proceda llevar a cabo una expropiación en sentido verdadero y propio, pues lo que procede es una ocupación temporal para excavaciones, y el artículo 127.1 de la Ley de Expropiación Forzosa dice que en estos casos (Ocupaciones temporales que traigan su causa de una declaración de utilidad pública o interés social) ‘el beneficiario de la expropiación vendrá obligado a formular una relación concreta e individualizada en la que se describan en todos los aspectos, material y jurídico, los terrenos cuya ocupación temporal se considere necesaria a los fines de la expropiación’] y, por último porque las razones que alega ni siquiera razones son, pues, todo lo más habría que tenerlas por razonadas sinrazones. Todo ello sin perjuicio de que pueda expropiarse en la forma del artículo 37.3 de la Ley 16/1985, que hemos transcrito. Pero no es esto lo que aquí se ha hecho”.

## 6. EXPROPIACIÓN DE URGENCIA

### A) Irrecorribilidad de las actas previas a la ocupación en las expropiaciones de urgencia por ser actos de trámite

La STS de 8 de febrero de 2005, Ar. 1888, recuerda la doctrina jurisprudencial según la cual las actas previas a la ocupación a las que se refiere la regla 2ª del artículo 52 de la LEF para el procedimiento de urgencia no son susceptibles de impugnación autónoma, por ser actos de trámite que no deciden directa ni indirectamente el fondo del asunto, sin perjuicio —claro está— de la posibilidad de esgrimir los vicios de que adolezcan en la ulterior impugnación del acuerdo de necesidad de ocupación definitiva del bien.

En efecto, el acta previa a la ocupación cumple, en las expropiaciones de urgencia, con el fin esencial de constatar el estado físico y jurídico de los bienes y derechos afectados para, tomando en consideración los datos que configuran la realidad del bien que se expropia, extraer de ahí las oportunas consecuencias en orden a que, como expone la regla 3ª del artículo 52 de la Ley, se describa el bien o derecho expropiable y se hagan constar todas las manifestaciones y datos que aporten quienes intervienen en el expediente y que sean útiles para determinar los derechos afectados, sus titulares, el valor de aquéllos y los perjuicios determinantes de la rápida ocupación. Por tanto, la regla 2ª del artículo 52 de la LEF no contiene una determinación que concluya el expediente expropiatorio, o alguna de sus piezas separadas, para permitir de ese modo el acceso al proceso contencioso-administrativo, no siendo sino un mero acto de trámite que no decide directa ni indirectamente el fondo del asunto, ni pone término a la actuación administrativa, ni hace imposible o suspende su continuación, por lo que no encaja en la categoría de acto de trámite autónomamente impugnabile a los efectos del artículo 107.1 de la LRJPAC.

### B) La motivación del acuerdo de expropiación por la vía de urgencia ha de demostrar la mejor adecuación al interés general perseguido de este procedimiento excepcional frente al ordinario

Como hemos señalado en reiteradas ocasiones, el desmedido empleo que del procedimiento expropiatorio de urgencia ha venido haciendo la Administración ha producido una desnaturalización evidente del mismo que pretende ser compensada y corregida por la jurisprudencia más reciente. Por ello, en los últimos tiempos, el Tribunal Supremo exige un mayor rigor en la apreciación de los requisitos que permiten aplicar este procedimiento, lo que se ha traducido en una cada vez más estricta interpretación de los presupuestos que legitiman las expropiaciones urgentes y del propio concepto de urgencia, tal y como reclama el carácter excepcional de este tipo de expropiaciones. En consecuencia, para poder declarar la urgente ocupación de los bienes afectados por una expropiación es preciso que efectivamente concurren, en primer lugar, las circunstancias de excepcionalidad que permiten acudir al procedimiento del artículo 52 de la LEF. Se trata, como manifiesta la jurisprudencia de circunstancias de urgencia “real y constatada” que deben quedar “suficientemente justificadas” para que puedan servir de base a una excepción tan importante

## VIII. Expropiación Forzosa

al sistema general de previo pago del justiprecio. Como consecuencia lógica de ello, la jurisprudencia exige, en segundo lugar, la necesidad de motivar debidamente el acuerdo que declare la urgente ocupación, “con exposición de las circunstancias que lo justifican”. Y, como puede deducirse fácilmente, es sobre todo en la motivación donde se concreta el control judicial de la discrecionalidad de la Administración para apreciar la concurrencia de los presupuestos que determinan la legalidad de la declaración de urgencia, pues es en la motivación donde ha de plasmarse la racionalidad de la decisión, permitiendo, así, detectar la ausencia de desvíos o arbitrariedades en la misma.

En este orden de consideraciones, conviene recordar que pese al mayor rigor que se exige al requisito de la motivación, es criterio jurisprudencial asentado que la falta de motivación no determina, sin más, un uso abusivo de la facultad discrecional para declarar la urgencia que deslegitime el acudir al procedimiento del artículo 52 de la LEF, pues la concurrencia de las circunstancias de urgencia que hacen procedente este procedimiento excepcional pueden deducirse de una realidad que muestre claramente que la expropiación viene a subvenir necesidades perentorias o apremiantes; de modo que la constatación de tales necesidades prestaría una “motivación indirecta” a la declaración administrativa de la urgencia formalmente inmotivada. No obstante, el Tribunal Supremo también tiene declarado que la “motivación indirecta” que puede prestarle al acto declarativo de la expropiación la constatación de circunstancias fácticas que reclaman la urgencia de tal expropiación exige que dichas circunstancias evidencien de forma “suficiente” la urgencia requerida, como recuerda, por ejemplo, la **STS de 16 de junio de 2004**, Ar. 3852 de 2005.

Asimismo, el Tribunal Supremo ha llegado a reconocer una dimensión más incisiva del requisito de la motivación como presupuesto legitimador del recurso al procedimiento expropiatorio de urgencia y del ulterior control judicial, que no sólo operaría en un plano interno (el que atiende a la coherencia de la decisión misma en función de los presupuestos de hecho que la justifican), sino en un plano dinámico que se proyecta temporalmente y que se refiere a la necesaria coherencia “externa” que ha de guardar la declaración de la urgencia con la actuación administrativa subsiguiente. Cabe señalar, en fin, que esta doble coherencia exigible a la declaración de urgencia (“interna” y “externa”) es una técnica de control de la discrecionalidad a través de la motivación del acto que tiene un amplio asiento en otros ámbitos de la actuación administrativa, como es el caso del control judicial de la motivación contenida en la Memoria de los Planes urbanísticos.

Finalmente, desde el punto de vista del contenido exigible a la motivación de la urgencia, el Tribunal Supremo viene insistiendo en que éste ha de ser suficientemente expresivo de los motivos que justifican la opción por este procedimiento especial, no bastando que dicha motivación sea sucinta, sino que, por el contrario, ha de ser elocuente hasta el punto de arrojar la convicción de la incompatibilidad de los fines que se quieren alcanzar en ese caso determinado con el empleo del procedimiento normal o general, hasta el punto de demostrar que lo que el interés general reclamaba en el caso era la elección del procedimiento de urgencia y no del ordinario.

En este último orden lógico se inscribe la **STS de 14 de febrero de 2005**, Ar. 2199, que estima el recurso de casación planteado contra una sentencia de instancia que había

considerado suficiente la motivación contenida en el Decreto 306/2005, de 26 de noviembre, del Gobierno de la Junta de Galicia, relativo a la urgente necesidad de expropiación de unos terrenos para la construcción de un Hospital comarcal. El Decreto en cuestión se remitía, a tal efecto, a los datos obrantes en el expediente instruido, que la Sala de instancia consideró –acogiéndose expresamente a la reciente jurisprudencia sobre la motivación de la urgencia que hemos sintetizado– suficientemente fundados porque aludían, entre otras circunstancias, a factores sociodemográficos y a las perentorias necesidades sanitarias de la comarca que se desprendían de los informes evacuados y que por su notoriedad eximían de mayor explicación en el Decreto impugnado. Frente a esta apreciación, el Tribunal Supremo lleva a cabo una rigurosa interpretación del requisito de la motivación que, en lo sustancial, cabe resumir como sigue.

En primer lugar, afirma que la motivación sucinta –la del Decreto– no puede en ningún caso considerarse suficiente en los supuestos de expropiación urgente, en los que

“la jurisprudencia exige que la Administración ponga un mayor énfasis al cumplir con el deber de dar cuenta de las razones que ha tenido para obrar como lo ha hecho. De manera que para devolver a la urgencia su sentido genuino, que es el que la Ley de 1954 le atribuye, es necesario mayor elocuencia (...) a la hora de argumentar la correspondiente motivación, tomando el vocablo elocuencia –entiéndase bien– no en el sentido de retórica hueca, ni en el de literatura florida, sino en el de razonamiento preciso, detallado y objetivamente convincente en cada caso y para cada caso”.

Tras lo cual declara que:

“En el caso que nos ocupa en modo alguno puede sostenerse que se haya razonado la concurrencia de los requisitos necesarios para que deba declararse la urgente ocupación de los bienes. Porque lo que define a esta unidad jurídica que se designa con el significante urgencia es la imposibilidad de conseguir, precisamente por razones de tiempo, utilizando el procedimiento ordinario de expropiación forzosa, el fin público que se trata de cumplir con esta actuación coactiva (...). Importa recordar que la urgencia es una unidad jurídica que presenta diversas manifestaciones en Derecho público español (...). Lo que tienen en común supuestos a primera vista tan heterogéneos es la incompatibilidad de los fines que se pueden y se quieren alcanzar, en un momento determinado, con el empleo de procedimiento normal, general u ordinario. Ello obliga a diseñar vías de actuación que permitan lograr en tiempo adecuado los fines pretendidos, para lo cual, y según los casos, se reducen los plazos, se suprimen trámites o se altera el orden en que han de cumplirse.

Pues bien, es evidente, y para ello basta con su mera enunciación, que una zona densamente poblada demanda la adecuada atención sanitaria y que ésta sólo puede prestarse de manera completa si la zona de que se trata dispone de los servicios que se integran en esa compleja organización que es un Hospital. Pero con ello únicamente queda acreditado que la construcción del Hospital es conveniente y hasta necesaria. Pero lo que aquí no aparece ni medianamente justificado es la concurrencia de circunstancias excepcionales

## VIII. Expropiación Forzosa

que justifiquen que la construcción del Hospital de que se trata haya de llevarse a cabo por el procedimiento de urgencia que, como es sabido, supone una abreviación de trámites —con la consiguiente disminución de garantías— cuya utilización se basa precisamente en esa incompatibilidad, por razón de tiempo, entre el empleo del procedimiento ordinario y el fin público que se pretende servir.”

Acaso se aprecia en este razonamiento un cierto desapego del criterio de la “motivación indirecta” en el que se había basado el razonamiento de instancia y que, en otras ocasiones, ha servido al propio Tribunal Supremo —como veíamos— para justificar la suficiencia de la motivación, demostrando, en suma, que la jurisprudencia reivindicativa del rigor exigible a la motivación de la urgencia no pretende ser una línea rígida, sino atenta a las circunstancias particulares de cada caso. No obstante, creemos que la sentencia se inscribe en la línea adecuada, que no puede ser otra que la de la exigencia del máximo rigor en la motivación directa, una “carga” para la Administración que resulta absolutamente lógica y proporcionada con el recurso al procedimiento de urgencia.

### 7. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

#### **A) Valoración de sistemas generales no previstos en el Plan como suelo urbanizable cuando contribuyen a “crear ciudad” y como suelo no urbanizable en caso contrario**

En números anteriores de esta revista hemos expuesto y comentado el criterio jurisprudencial según el cual el suelo destinado a sistemas generales contemplado en el Plan ha de valorarse a los efectos de su ejecución como si de suelo urbanizable se tratase, pese a que pueda estar formalmente clasificado de no urbanizable. Como decíamos entonces, la necesidad de tener en cuenta tales aprovechamientos a la hora de ejecutar suelo dotacional se deriva de la propia lógica compensatoria del sistema urbanístico, pues de lo contrario quedaría vulnerada la obligación de equidistribuir los beneficios y cargas derivados del planeamiento. En este contexto hermenéutico destacábamos una serie de pronunciamientos del Tribunal Supremo, referidos a expropiaciones de fincas con destino a las obras de ampliación del Aeropuerto Madrid-Barajas, que matizaban esta doctrina jurisprudencial sobre la valoración de sistemas y dotaciones ubicados en suelo no urbanizable en el sentido de justificar la valoración del suelo calificado de rústico como si de urbanizable se tratara en atención al dato principal de que las obras de ampliación del aeropuerto de Madrid-Barajas constituyen un sistema general que “contribuye a crear ciudad”. Con ello, el Tribunal Supremo introducía un nuevo elemento valorativo: aunque el Plan no contemplase la ejecución de un sistema, éste se tendrá que valorar como si de suelo urbanizable se tratase cuando efectivamente contribuye a “crear ciudad”, con independencia de otras circunstancias como que el Plan los clasifique o no (y de cómo lo haga) o de que contemple o no su ejecución. De este modo, la valoración como suelo urbanizable de los sistemas generales es condicionada por el Tribunal Supremo a que tales espacios o infraestructuras puedan ser subsumidos en ese concepto jurídico indeterminado (crear ciudad) de elaboración jurisprudencial, cuya concreción al caso concreto exige un esfuerzo ponderativo a la Administración actuante.

La STS de 9 de marzo de 2005, Ar. 3617, aporta nueva luz a esta línea jurisprudencial. En el caso se debatía la valoración correspondiente a unos terrenos rústicos comprendidos en el Plan Especial de Protección del Paisaje de Clamores-Pinarillo, clasificados por el Plan General de Segovia como suelo no urbanizable especialmente protegido, destinado a la recuperación paisajística del llamado “Valle de Clamores”. La valoración defendida por el Ayuntamiento expropiante, de conformidad con la calificación formal de dichos terrenos, era la propia del suelo no urbanizable, mientras que para el propietario expropiado los terrenos debían valorarse como suelo urbanizable porque su ejecución supondría la obtención para la ciudad de un sistema general de espacio libre destinado a parque público o zona verde. Para el Tribunal Supremo, la cuestión debatida se reduce a dilucidar si dichos terrenos contribuyen o no a “crear ciudad” de acuerdo con lo razonado en las sentencias –antes aludidas– en las que el Tribunal Supremo ha definido este concepto jurídico indeterminado. En este sentido, la sentencia ahora comentada rechaza esta condición en el suelo comprendido en este Plan Especial de Protección del Paisaje de Segovia, afirmando que:

“El Plan General de Ordenación Urbana de Segovia de 1984 hacía referencia a esas determinaciones generales, y para su desarrollo aprobó el Plan Especial de Protección del Paisaje del valle del Clamores-Pinarillo, que no constituye un sistema general de espacios libres en tanto que ese espacio no es un parque urbano público en el sentido que lo considera el apartado b) del artículo 19 del Reglamento de Planeamiento. El Plan Especial de Protección del Paisaje del valle del Clamores-Pinarillo y el suelo que lo integra y que fue objeto de expropiación sirve a la ciudad pero no crea ciudad en el sentido al que se refieren nuestras Sentencias antes citadas.

Sirve a la ciudad, en tanto que garantiza que ese suelo, inmediato a ella, pero que no es la ciudad, no va a ser construido, y dado el alto valor que posee desde el punto de vista paisajístico y medioambiental, que le hace acreedor de una especial protección y preservación, asegura que va a gozar de la defensa, protección y amparo que le ofrece la recuperación de sus usos anteriores y el incremento y desarrollo de los destinos que le son propios. De ahí que resulte obvio que su valoración deba ser acorde con la clasificación que le otorgó el Plan General, sin que pueda equipararse a la pretendida de suelo urbanizable, y sin que ese hecho vulnere el principio de equidistribución de beneficios y cargas que caracteriza al Derecho urbanístico.

Tras cuanto hemos dicho hasta aquí podemos concluir que en lo que se refiere a la valoración del suelo expropiado la misma ha de hacerse de acuerdo con la clasificación que para el mismo estableció tanto el Plan General de Ordenación Urbana de Segovia, como el Plan Especial de Protección del Paisaje que lo desarrolló, de suelo no urbanizable de especial protección.”

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT REINA

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

**IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Imputabilidad. Daños provocados por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado con su arma reglamentaria fuera de servicio. 3. Objetividad y nexo de causalidad.** A) Concurrencia de causas entre la Administración y la propia víctima. B) Responsabilidad sanitaria: el criterio de la *lex artis ad hoc*. **4. Antijudicialidad del daño y deber de soportarlo. No indemnizabilidad del daño derivado de la pérdida de la condición de funcionario por anulación de oposiciones. 5. Daño indemnizable. Disparidad en la cuantificación del daño físico y moral. 6. Acción y procedimiento.** A) Petición indemnizatoria anudada a una acción de legalidad: innecesariedad de interponer una reclamación administrativa previa. B) Concepto de “daño continuado” en materia de responsabilidad sanitaria. Fijación del *dies a quo* para el cómputo del plazo. **7. Responsabilidad del poder judicial.** A) Error judicial derivado de un error aritmético. B) *Dies a quo* para el cómputo del plazo para instar la declaración de error judicial. C) Delimitación entre responsabilidad administrativa y responsabilidad judicial en los casos de entrada en domicilio acordada por mandamiento judicial.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

En el período considerado por esta crónica no se han producido sentencias especialmente novedosas, aunque sí algunas que vienen a precisar o sintetizar el estado de la cuestión de algunos aspectos fundamentales de la institución. En esta línea debe destacarse la STS de 25 de marzo de 2005, Ar. 3620, que en puridad no viene a descubrir nada nuevo sobre el comportamiento de la garantía en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, donde ya sabemos que el sistema adquiere un tinte marcadamente culpabilístico, pero que tiene la virtud de hacer un compendio de lo que significa la idea de la *lex artis ad hoc* como paradigma de la actuación correcta y las consecuencias que de ello se desprenden; y, correlativamente, un paladino reconocimiento de que en el ámbito sanitario, por la propia naturaleza de las cosas, no puede regir un sistema puro de responsabilidad objetiva.

También se inscriben en esta línea esclarecedora las SSTS de 16 y 22 de diciembre de 2004, Ar. 1596 y 1598, que sientan doctrina acerca de la necesidad o no de seguir el

procedimiento de reclamación de responsabilidad en vía administrativa cuando está sus-tanciándose un proceso contencioso contra el acto presuntamente generador del daño.

La crónica comprende otros interesantes pronunciamientos más o menos novedosos, como arriba indicamos, pero que siempre contribuyen a iluminar los numerosos recovecos de una institución tan rica, como espejo que viene a ser de la propia realidad social.

## **2. IMPUTABILIDAD. DAÑOS PROVOCADOS POR MIEMBROS DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO CON SU ARMA REGLAMENTARIA FUERA DE SERVICIO**

En crónicas anteriores hemos puesto de relieve cómo la jurisprudencia mayoritaria condena al Estado en el caso de los daños causados por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con su arma reglamentaria fuera de servicio, incluso en circunstancias absolutamente ajenas a la labor de mantenimiento de la seguridad (vestidos de paisano, en fiestas o bares, como consecuencia de discusiones sobre asuntos personales, ...). Y ello con base en la teoría del riesgo creado al poner en sus manos armas de fuego y no imponerles su depósito cuando no se hallan de servicio.

Un nuevo ejemplo lo constituye la STS de 8 de febrero de 2005, Ar. 1661, en el que el incidente tiene lugar a las tres de la mañana a las puertas de un club del alterne al que un policía nacional había acudido como particular, vestido de paisano y fuera de servicio (tal y como declaró como hecho probado la previa sentencia penal). En este contexto, esgrimió el arma reglamentaria y disparó, lesionando a una persona. La sentencia de instancia consideró inimputable a la Administración. El Tribunal Supremo, por el contrario, en aplicación de la teoría de la creación del riesgo, declara la responsabilidad administrativa.

## **3. OBJETIVIDAD Y NEXO DE CAUSALIDAD**

### **A) Concurrencia de causas entre la Administración y la propia víctima**

La STS de 15 de marzo de 2005, Ar. 2243, tiene como presupuesto un suceso especialmente dramático. Se trata del fallecimiento de un niño de dos años de edad, que acudió con su madre a un curso de formación de padres con problemas familiares que se impartía en un Centro de Educación Especial. En un descuido de la madre, el niño salió del aula y un alumno lo introdujo en un despacho, le prendió fuego y lo dejó encerrado, hasta que sus gritos alertaron a la madre y a otras personas, que acudieron al despacho, intentaron infructuosamente abrir la puerta hasta que lograron derribarla, sin poder evitar el trágico desenlace. La sentencia de instancia había desestimado la pretensión indemnizatoria, al considerar que la madre había decidido libremente acudir al curso con un niño de tan corta edad, cuya presencia había sido tan sólo tolerada por la Administración, y que había sido la falta de vigilancia de la madre la que había posibilitado el trágico resultado

## IX. Responsabilidad Administrativa

final. Una decisión esta de muy difícil encaje en un régimen de responsabilidad objetiva pues no se comprende cómo se puede llegar a tal conclusión en un caso como el descrito, donde queda marginado del nexo de causalidad algo tan influyente en el resultado como fue el funcionamiento del servicio. Oportunamente, el Tribunal Supremo corrige en parte la sentencia recurrida —sólo en parte al adoptar una solución “salomónica” aún demasiado gravosa para la madre, a nuestro juicio— y considera que dicho descuido no era en sí mismo relevante para producir las consecuencias que se anudaron al mismo, que se produjeron por la acción de un tercero que estaba sometido a una relación de sujeción especial con la Administración, puesto que se encontraba bajo su vigilancia y custodia, padecía una grave enfermedad mental, tenía antecedentes de piromanía, y que actuó en un descuido de su vigilante. Así las cosas, determina un reparto de responsabilidades, y fija una indemnización por daño moral de 60.101 euros, a actualizar desde 1986 en que ocurrieron los hechos hasta la fecha de la sentencia conforme al IPC.

### **B) Responsabilidad sanitaria: el criterio de la *lex artis ad hoc***

La STS de marzo de 2005, Ar. 3620, en materia de responsabilidad sanitaria, es exponente de las consecuencias que derivan del concepto de la *lex artis ad hoc*, esto es, el principio, al que nos hemos referido asiduamente en estas crónicas, según el cual la labor médica es una obligación de medios y no de resultado, lo que significa que, desde la óptica de la responsabilidad administrativa, y con carácter general, sólo una desviación de los protocolos que rigen la práctica de la medicina (léase, un “funcionamiento anormal”), puede generar la obligación de indemnizar. Reproducimos un fragmento de dicha sentencia, por su alcance general:

“A tal efecto, debemos hacer algunas precisiones sobre el sintagma *lex artis*, que hemos utilizado ya aquí, y que, cada vez con más frecuencia aparece en la jurisprudencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo. Y así, por ejemplo, en nuestra sentencia de 17 de mayo del 2004 (recurso de casación 8382/1999), dijimos ya que, aunque el error médico y el correcto empleo de las técnicas de diagnóstico, valoración y tratamiento se circunscriben a la actuación del servicio sanitario y, por consiguiente, resultarían, en principio, irrelevantes para declarar la responsabilidad objetiva, mientras que han de ser inexcusablemente valoradas para derivar una responsabilidad culposa, sin embargo, también pueden tener trascendencia, en orden a una conclusión sobre el nexo de causalidad, que algunos consideran requisito clave de la responsabilidad objetiva o por el resultado. Esta apreciación de si hubo un uso correcto de la técnica, con vistas a tener o no por establecido la existencia del nexo causal, sin entrar en si tal uso fue o no negligente, es muy delicada, pues la medicina, no suele presentar un único método, por más que la protocolización de los actos médicos invita a ajustarse a unas pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento terapéutico, lo que no excluye que puedan existir —y así ocurre frecuentemente— otros métodos que, pese a no ser de uso generalizado, pueden ser igualmente utilizados, si en el caso concreto se considera que pueden ser más eficaces.

Y no está de más añadir que, no sólo en el ámbito de la medicina, sino en otros muchos campos del saber humano, es precisamente el saber discrepante el que abre nuevos caminos a la ciencia y a su aplicación.

Esta misma Sala y sección del Tribunal Supremo, en la sentencia de 14 de julio de 2001 (recurso de casación 2280/1997) rechazó que hubiera responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria porque, de acuerdo con los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, las lesiones no tenían su origen en la forma en que se prestó la asistencia sanitaria, la cual fue correcta y conforme a las reglas de la *lex artis*, sino inherentes o derivadas de la propia patología del enfermo. Por el contrario, pero con idéntica orientación en las sentencias de 3 y 10 de octubre de 2000 y 7 de junio de 2001 (recurso de casación 538/1997) se considera que concurren relación de causalidad por la inadecuada actuación médica con incumplimiento de las pautas de la *lex artis*, de modo que los defectos en el uso de la técnica son considerados determinantes de la responsabilidad.

Por último, nos parece necesario recordar también –por prevenir sobre los riesgos de una exacerbación de esa naturaleza objetiva de la responsabilidad que nos ocupa– que el hecho de que en el ordenamiento jurídico español la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como objetiva apunta al dato de que no es necesaria la concurrencia de dolo o culpa en el agente, y no permite extraer la consecuencia de que deba declararse su existencia, sin más, por el mero hecho de que el resultado lesivo se haya producido con ocasión de la actuación de un centro sanitario público. No sería razonable –antes al contrario: sería manifiestamente absurdo– entender que esa objetivación determina que, por ejemplo, la Administración deba responder siempre que en una clínica gestionada por ella y de ella dependiente fallece un enfermo.

Y llamamos la atención sobre ello porque de los argumentos que utiliza la parte recurrente parece deducirse que entiende que por ser la responsabilidad de la Administración una responsabilidad objetiva, aquélla se convierte en aseguradora universal. Concretamente cuando afirma que la Sala de instancia aplica el criterio de que ‘la prueba de error o de mala praxis corresponde al demandante’. Porque no es esto lo que resulta de la sentencia impugnada, sino que –a la vista de lo que resulta de las actuaciones– no hay prueba de esa mala praxis.

Debemos insistir por ello en que es necesario desterrar la errónea opinión de que cualquier daño o perjuicio derivado de la asistencia sanitaria pública está cubierto por un seguro que garantizaría, en cualquier caso, su adecuada reparación, con olvido de que la jurisprudencia ha repetido incansablemente que el instituto de la responsabilidad patrimonial no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales (Sentencias de la Sala Tercera de 7 de febrero de 1998, 19 de junio de 2001, 26 de febrero de 2002 y 21 de octubre de 2002).

Y porque esto es así, nunca se insistirá bastante en que la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria exige siempre un cuidadoso análisis de los

## IX. Responsabilidad Administrativa

hechos a fin de poder establecer la relación de causalidad entre la actuación del personal a su servicio y el resultado producido, lo que no resulta fácil tratándose de la salud, en cuya estabilidad, restablecimiento o pérdida confluyen tantos y tan variados factores. Y lo que no puede negarse es que la Sala de instancia ha estudiado de manera muy completa el material probatorio que obra en las actuaciones –y que ese análisis queda reflejado en la sentencia impugnada–.

Por último, y engazando, con lo que acabamos de decir debemos añadir que este Tribunal tiene reiteradamente dicho que, por más que el nexo causal constituya una apreciación jurídica susceptible por ello de ser revisada en casación, se ha de partir de los hechos declarados probados por el Tribunal *a quo* (Sentencias de 14 de mayo de 1998, 13 de febrero, 13 de marzo, 26 de marzo, 6 de abril, 24 de mayo, 30 de octubre y 27 de diciembre de 1999, 26 de febrero, 9 de mayo de 2000, 22 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002).”

La STS de 20 de diciembre de 2004, Ar. 1597 de 2005, hace una aplicación de esta doctrina, y declara la responsabilidad administrativa por una mal funcionamiento consistente en este caso, no en una mala *praxis*, sino en una inadecuada elección de medios, en concreto, optar por una mielografía (que provocó una meningitis al afectado) en lugar de por un TAC, estando probado que el estado de la ciencia y de la técnica en ese tiempo permitía y hacía aconsejable haber realizado un TAC.

### **4. ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO Y DEBER DE SOPORTARLO. NO INDEMNIZABILIDAD DEL DAÑO DERIVADO DE LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO POR ANULACIÓN DE OPOSICIONES**

La STS de 17 de febrero de 2005, Ar. 2350, considera que los opositores que concurren a una convocatoria, con conocimiento de que se encuentra impugnada por otros firmantes, han de soportar el daño que eventualmente pueda generarles la pérdida de la plaza, si finalmente los tribunales anulan dicha convocatoria. El daño no es en estos casos, pues, antijurídico.

### **5. DAÑO INDEMNIZABLE. DISPARIDAD EN LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO FÍSICO Y MORAL**

La cuantificación del daño es uno de los temas no resueltos en la jurisprudencia. En efecto, una comparación paciente de sentencias lleva a la conclusión de que existe una disparidad excesiva en las cuantías reconocidas por daños análogos, que supone una importante quiebra de un principio elemental de igualdad y de seguridad jurídica. El problema se plantea, de forma aguda, en el caso de daños morales y físicos. Traemos a colación algunas muestras:

Las SSTS de 31 de enero y de 9 de febrero de 2005, Ar. 2192 y 2196, comparten presupuestos hasta cierto punto análogos. Se trata de funcionarios afectados por medidas pos-

teriormente declaradas ilegales, que reclaman daños morales anudados a las mismas. Estos supuestos requieren un análisis caso por caso que determine si, junto a la eliminación de los efectos de la situación ilegalmente creada (anulación de la sanción, reconocimiento con carácter retroactivo de haberes dejados de percibir, ...), subsiste un daño moral independiente que haya de ser indemnizado. En el primer caso (imposición de una sanción ilegal consistente en la suspensión de funciones durante un período de tiempo), el Tribunal Supremo considera que el funcionario ha obtenido una reparación suficiente con el dictado de la sentencia favorable y su ejecución; mientras que en el segundo (destitución de un médico como jefe de servicio) entiende suficientemente acreditado un daño moral consistente en una lesión de la propia estima y en la consideración pública de su valía y capacitación profesional, y otorga una indemnización de 30.000 euros. Quizás la diferencia entre ambos casos no sea tan honda como para merecer soluciones tan diversas.

El supuesto de la **STS de 18 de marzo de 2004**, Ar. 2126 de 2005, es el de un militar que sufre un accidente al no funcionar el paracaídas, con secuelas invalidantes. El tribunal de instancia fijó una indemnización de ciento treinta millones de pesetas, frente a los cuarenta que había acordado la Administración. Se discute ante el Tribunal Supremo esta discrepancia en el *quantum*, alegando la Administración cuantía desproporcionada, y poniendo de relieve que en casos similares se ha concedido en otras ocasiones indemnizaciones de una cuantía muy inferior, pese a lo cual el Tribunal Supremo ratifica el montante. Se trata de un ejemplo de indemnización elevada en comparación con otros casos similares (ochenta millones de pesetas de 1998, a actualizar hasta la fecha del pago).

## 6. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO

### **A) Petición indemnizatoria anudada a una acción de legalidad: innecesariedad de interponer una reclamación administrativa previa**

Las **SSTS de 16 y 22 de diciembre de 2004**, Ar. 1596 y 1598 de 2005, acogen un mismo principio de gran interés. Se trata de acuerdos de desafección de una superficie determinada de una finca de la expropiación forzosa previamente acordada. Sus propietarios impugnan dichos acuerdos y solicitan además indemnización por la falta de disponibilidad de los terrenos durante el tiempo en que la superficie estuvo afecta al procedimiento expropiatorio. Las sentencias de instancia reconocen tal derecho. La Administración aduce en casación que la posibilidad de hacer valer la pretensión indemnizatoria directamente en la vía judicial tenía su base en el artículo 136 del Reglamento de Expropiación Forzosa de 1957, pero que, a partir de la entrada en vigor del artículo 142.6 de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común, y del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, la regla del Reglamento de Expropiación forzosa ha de entenderse derogada, ya que dichas normas han configurado la reclamación previa ante la Administración como preceptiva. Sin embargo, el Tribunal Supremo apunta que la posibilidad de anudar la reclamación indemnizatoria a la anulatoria encontraba antes fundamento en el artículo 41 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, y hoy en el artículo 31 de la

## IX. Responsabilidad Administrativa

de 1998. Eso sí, precisa que en esta hipótesis, conforme establecía antes la Ley de la Jurisdicción de 1956 en sus artículos 42 y 84.c) y hoy la de 1998 en sus artículos 31 y 71.d), para que pueda estimarse la pretensión indemnizatoria es preciso que se declare nulo el acto impugnado del que deriva el perjuicio, ya que la indemnización es complementaria o adicional de la anulación a la que aparece inescindiblemente unida. En caso de que el acto no se declare nulo, se podrá formular posteriormente la pretensión indemnizatoria de forma autónoma y separada de la nulidad del acto, pero para ello será imprescindible, esta vez sí, la previa reclamación en vía administrativa.

### **B) Concepto de “daño continuado” en materia de responsabilidad sanitaria. Fijación del *dies a quo* para el cómputo del plazo**

La STS de 10 de marzo de 2005, Ar. 3619, resulta destacable en su interpretación del concepto de “daño continuado”, a los efectos de la fijación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la acción. El caso es el de una niña de apenas dos años de edad que en 1962 (¡hace ya más de cuarenta años!), cuando se encontraba jugando en un campo donde se habían realizado maniobras militares, tropezó con un artefacto que explotó, sufriendo graves amputaciones. Como es sabido, los artículos 142.5 de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común, y 4.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, establecen que, en el caso de los daños físicos, el plazo para reclamar comienza a computar desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas, y se discute aquí cuál es el *dies a quo* a considerar, dado que la perjudicada siguió toda una serie de reconocimientos e intervenciones médicas.

El Tribunal Supremo comienza admitiendo lo siguiente:

“También es evidente que surgen casos en la realidad sanitaria en que ni existe auténtica curación ni la posibilidad de determinación del alcance de las secuelas; y ello bien porque la propia naturaleza de la enfermedad no permita prever la posible evolución de las mismas, bien porque en el devenir de su desarrollo se produzcan secuelas imprevistas y no determinadas, en cuyos supuestos este Tribunal ha venido aceptando la posibilidad de la existencia de una temporánea reclamación a pesar de haberse producido la misma fuera del período del año desde que inicialmente se produjo el diagnóstico en atención a esa imposibilidad de determinación concreta en toda su extensión del daño sufrido. Es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible como son las derivadas del contagio de la hepatitis C o del SIDA o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen. En estos últimos casos ha afirmado efectivamente esta Sala que si del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, aceptando igualmente que en aquellas enfermedades excepcionales de imprevisible evolución, el daño pueda ser reclamado, como continuado, en cualquier momento.”

En el caso de autos, cuyos detalles médicos sería excesivo exponer aquí, el Tribunal Supremo procede a la integración de los hechos, ya que la instancia había considerado que en 1986 (en que se llevó a cabo una valoración por un Tribunal médico militar) ya se hallaban determinadas las secuelas, pero a la par había reconocido que éstas se habían posteriormente agravado y surgido nuevas complicaciones. Considera el Tribunal Supremo que las lesiones en las extremidades estaban ya perfectamente definidas en 1986, y, por tanto, dichos daños no fueron objeto de reclamación en plazo y que, en cuanto al resto de los perjuicios alegados, aparecidos a finales de los años noventa, no se acredita el nexo de causalidad respecto de las lesiones producidas como consecuencia del accidente de 1962.

A esta sentencia se formula un voto particular, que suscribe el Magistrado González Navarro, y al que se adhiere la Magistrada Robles Fernández, que discrepan de la valoración fáctica llevada a cabo por la mayoría de los Magistrados, y que alude al “principio –constitucionalmente declarado como ínsito en ese derecho complejo que es la tutela judicial efectiva: artículo 24 CE– de *in dubio pro actione*”, como argumento que debería haber llevado a entender no prescrita la acción.

## 7. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL

### A) Error judicial derivado de un error aritmético

Uno de los escasos ejemplos de declaración de error judicial (como sabemos, reservada a casos de errores manifiestos, patentes, indubitados, crasos, casi esperpénticos, etc., en palabras del Tribunal Supremo, ya de sobra conocidas por el atento lector de estas crónicas), lo encontramos en la STS de 13 de febrero de 2004, Ar. 3658 de 2005, referido a un cálculo aritmético erróneo.

### B) *Dies a quo* para el cómputo del plazo para instar la declaración de error judicial

La STS de 30 de enero de 2004, Ar. 2249 de 2005, resulta de interés por su interpretación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción encaminada a la declaración de error judicial. En concreto, se plantea si la instancia de incidente de nulidad y su posterior inadmisión han de computarse a estos efectos. El Tribunal Supremo admite que hay jurisprudencia contradictoria sobre el particular. Las Salas de lo Civil admiten las demandas planteadas en el plazo de tres meses desde la inadmisión o desestimación (sostienen que aunque el recurso de nulidad, al amparo del artículo 240.3 de la LOPJ, no tenga carácter de ordinario y por lo tanto no impida la firmeza de la Sentencia, al existir también la posibilidad de otro recurso –el de revisión para declaración de error judicial– contra la misma resolución la Sentencia no se puede obligar a la parte a ejercitar *ad cautelam* este último para el caso de que no prospere el de nulidad). Por el contrario, la Sala de lo Contencioso acoge la solución contraria (entiende que ante una Sentencia firme el recurrente tiene derecho a usar de forma alternativa o conjunta o simultánea los recursos extraordinarios que

## IX. Responsabilidad Administrativa

podrían ser procedentes, pero no todos sucesivamente, para no convertir en ordinarios remedios procesales que no lo son y no admitir la posibilidad de una cadena indefinida de recursos contra la letra y el espíritu de nuestra legislación procesal y orgánica, cuyos principios inspiradores, conforme al común sentido, exigen poner, en algún momento, el punto final al proceso para no arruinar la seguridad jurídica que es un valor de estabilidad del derecho). La Sentencia que comentamos reitera esta última doctrina que da a la palabra “inexcusablemente”, empleada por el texto legal para referirse al plazo de tres meses, una interpretación estricta dentro de su carácter de caducidad.

### **C) Delimitación entre responsabilidad administrativa y responsabilidad judicial en los casos de entrada en domicilio acordada por mandamiento judicial**

La STS de 9 de marzo de 2005, Ar. 2049, trae causa de una reclamación de daños morales y patrimoniales derivados de la entrada en un domicilio con mandamiento judicial en el marco de una investigación dirigida a desarticular actividades de narcotráfico, que no desembocó posteriormente en acción penal. El reclamante había solicitado una cifra total de cerca de ciento sesenta millones de pesetas, de los cuales ciento cuarenta en concepto de daños morales derivados de la aparición en prensa de informaciones sobre dichas actuaciones. El Tribunal de instancia consideró que dichas informaciones causantes del daño no eran imputables a la actuación policial, que se llevó a cabo con la suficiente discreción; en cuanto a los daños patrimoniales y de asesoramiento legal, afirmó que existían indicios racionales sobre la comisión de delitos por parte de la víctima, por lo que la actuación policial no fue desproporcionada. El reclamante alegaba en casación que la falta de posterior acción penal ponía en evidencia lo desproporcionado de la acción, que en realidad se produjo como consecuencia de su actividad como agente de los servicios de inteligencia españoles y por no facilitar a la policía los datos que poseía relativos a sus actividades en su condición de tal. El Tribunal Supremo considera que no se ha probado la existencia de un exceso en el registro y, por ende, de un daño antijurídico, y deniega la indemnización, añadiendo:

“Por otra parte, si como parece los daños se anudan al hecho de haberse producido la entrada y registro en el domicilio del recurrente en virtud de mandamiento judicial, si el mandamiento se estima manifiestamente improcedente estaríamos ante un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que opera al margen de la responsabilidad patrimonial de la Administración a que se refiere el artículo 139 de la Ley 30/1992, lo que también justificaría la desestimación del motivo. En el hipotético caso de que la responsabilidad se anudase a excesos cometidos por las Fuerzas de Seguridad en el acto del registro deberían haberse acreditado tales excesos, cuestión esta de hecho que la sala a quo no considera probada y por tanto ello también justifica la desestimación del motivo.”

EMILIO GUICHOT REINA  
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE  
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO



**X. FUNCIÓN PÚBLICA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Gestión de los recursos humanos.** A) Relaciones de puestos de trabajo. a) Métodos para la valoración del contenido de los puestos de trabajo. Objetividad de la elección del método de asignación de categorías. b) Necesaria referencia a las características esenciales de los puestos de trabajo, que justifican la determinación de otras condiciones de los mismos. **3. Acceso.** A) Prueba que consta de dos partes diferenciadas. Valoración acumulativa de las dos partes que resulta contraria a las bases de la convocatoria. B) Acceso al Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria. Especialidad de Geografía e Historia. Méritos relativos al expediente académico. Deben valorarse las calificaciones obtenidas en el Curso de adaptación. C) Procedimiento de selección. Error en la identificación del acto administrativo impugnado provocado por la Administración. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su versión de acceso a la jurisdicción. **4. Carrera administrativa.** A) Proceso de adscripción de los maestros a los puestos de trabajo resultantes de la nueva ordenación del sistema educativo. No constituye un mecanismo de provisión de puestos de trabajo semejante al concurso. **5. Derechos colectivos.** A) Libertad sindical. a) Queda vulnerada por la exclusión de un sindicato en la formación de una Comisión de Seguimiento que tiene naturaleza negociadora. b) El derecho al crédito de horas retribuidas forma parte del contenido adicional del derecho a la libertad sindical. c) El cese del funcionario en un puesto de libre designación resulta contrario a la libertad sindical cuando la Administración no justifica suficientemente una causa objetiva. B) Negociación colectiva. a) No cabe confundir la mesa de negociación como tal con los sindicatos. **6. Derechos laborales.** A) El funcionario no tiene derecho a obtener un permiso retribuido para el ejercicio de las funciones propias de Presidente de un Colegio Oficial. **7. Derechos económicos.** A) Complemento específico. a) Ha de ser determinado en función del perfil del puesto de trabajo. b) El funcionario en comisión de servicios tiene derecho a percibir el complemento específico que corresponda a las funciones efectivamente desempeñadas.

B) Trienios. a) Una norma puede establecer la forma de retribuir los trienios perfeccionados con anterioridad a su entrada en vigor. C) Complemento de productividad.

a) Su percepción es compatible con la asignación de gratificaciones por la prestación de servicios en régimen de turnos rotatorios. D) Complemento de peligrosidad.

a) Resulta también aplicable al Guardia Civil que se encuentra en situación de expectativa de destino. E) Indemnizaciones por razón del servicio. a) El traslado del funcionario desde su residencia oficial hasta la ubicación de su puesto de trabajo da derecho a su percepción.

**8. Situaciones administrativas.** A) La reincorporación al servicio activo mediante adscripción provisional de puesto de trabajo no es una decisión discrecional de la Administración. B) El traslado por necesidades del servicio no debe confundirse con una adscripción parcial a un segundo puesto de trabajo. C) Ilegalidad del artículo 34.c) del RD 249/1996 que limita la duración de la excedencia voluntaria a diez años para los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales. **9. Incompatibilidades.**

A) Incompatibilidad de la titularidad de una oficina de farmacia y el desempeño de tareas funcionariales en la Administración de Salud. B) Compatibilidad limitada entre el desempeño de un puesto en la Guardia Civil y el ejercicio de la abogacía. **10. Régimen disciplinario.**

A) Falta muy grave que consiste en la comisión de tres o más faltas graves en un año. Sanción por reincidencia contraria al principio *non bis in idem*.

B) Es contraria al principio de tipicidad la sanción impuesta en aplicación de un precepto anulado. C) Apercebimiento. Sanción de plano. **11. Extinción de la relación funcional.**

A) La jubilación de los médicos facultativos de las Fuerzas de Seguridad del Estado se rige por la legislación específica que la sitúa en los sesenta y cinco años.

B) El cese en un puesto de trabajo, como consecuencia de su eliminación por una RTP, y la reasignación a otro puesto con inferior complemento específico no vulnera los derechos del funcionario. C) Los Profesores titulares de tecnología mecánica del Instituto Marítimo-Pesquero de Alicante no tienen derecho a la gratificación extraordinaria por jubilación voluntaria anticipada prevista en el Decreto 130/2002.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica hemos seleccionado un número importante de pronunciamientos judiciales sobre la práctica totalidad de las cuestiones del régimen de empleo público.

### 2. GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS

#### A) Relaciones de puestos de trabajo

##### a) Métodos para la valoración del contenido de los puestos de trabajo. Objetividad de la elección del método de asignación de categorías

La STSJ de Extremadura de 12 de julio de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 606, declara la conformidad a Derecho del modo de proceder seguido por la Administración demandada para la elaboración de su relación de puestos de trabajos. A tal efecto, teniendo en cuenta sus características organizativas, la Administración demandada optó por emplear el método de “asignación de categorías”, que consiste en “(...) encasillar la organización en un determinado número de niveles (categorías), adscribiendo los distintos puestos de trabajo a cada nivel”, previa valoración de diferentes criterios tales como la similitud en la descripción general de las tareas realizadas, la aportación al objetivo propio de la Corporación local, la responsabilidad en la coordinación y dirección de equipos de trabajo y análisis de organigramas, etc. Aplicando este método se clasificaron en 26 categorías los 305 puestos de trabajo existentes en la organización. De este modo, el puesto de trabajo adquiere pleno significado objetivo, al margen de cualquier equiparación de personas con los puestos de trabajo.

En definitiva, la Sala estima que la elección del método utilizado resulta amparada en la potestad organizativa de la Administración, y resulta tan válido como el método de “puntuación de factores”, basado en el tratamiento analítico de las características de los puestos de trabajo y su valoración mediante un baremo objetivo predeterminado.

##### b) Necesaria referencia a las características esenciales de los puestos de trabajo, que justifican la determinación de otras condiciones de los mismos

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 15.1.b) de la LMRFP, en la redacción anterior a la modificación operada por la Ley 62/2003, las relaciones de puestos de trabajo deben incluir las características esenciales de los puestos de trabajo, mediante la referencia a las tareas que constituyen el núcleo definitorio del puesto de trabajo, y que justifican la exigencia de titulación académica y formación específicas para su desempeño, así como la asignación al puesto de trabajo de un determinado complemento de destino.

Según señala la STS de 20 de julio de 2005, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 6726, resulta contrario al artículo 15.1.b) LMRFP el proceso inverso seguido por las resoluciones impugnadas, que consiste en definir el núcleo esencial del puesto de trabajo mediante la sola determinación de la titulación, la formación requerida y el complemento de destino asignado al mismo. De este modo, en vez de determinar de forma objetiva los requisitos necesarios para ocupar un puesto de trabajo, se dota de contenido al mismo en función de las características de la persona que vaya a ocuparlo. Así, no es posible valorar si está justificada la provisión por el sistema de libre designación ni la diferencia en la cuantía del complemento de destino. Más aun, advierte la STS de 20 de julio de 2005, que la definición de las características esenciales del puesto de trabajo resulta especialmente oportuna

en el supuesto enjuiciado, en el que la aprobación de una nueva RPT de la Agencia Estatal de Administración Tributaria —en lo relativo a los puestos correspondientes a la especialidad de Subinspectores de Tributos— pretendía justificarse por la necesidad de adaptar la estructura del departamento y las nuevas funciones a los cambios legislativos habidos.

Véase también, en parecidos términos, la STS de 18 de julio de 2005, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 6528.

### 3. ACCESO

#### **A) Prueba que consta de dos partes diferenciadas. Valoración acumulativa de las dos partes que resulta contraria a las bases de la convocatoria**

En el caso enjuiciado por la STSJ de Cantabria de 7 de julio de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 408, una de las pruebas celebradas constaba de dos partes. Para determinar la calificación de los aspirantes, el Tribunal Calificador sumó la puntuación obtenida en las dos partes de esa misma prueba.

La STSJ de Cantabria de 7 de julio de 2005 estima que la decisión del Tribunal Calificador es contraria a las bases de la convocatoria, ya que una de estas bases dispone que la calificación final resultará de la suma de las puntuaciones unitarias de las tres pruebas obligatorias. Por otra parte, otra de las bases señala que la prueba cuestionada, aunque conste de dos partes, constituye una única prueba, sin establecer expresamente que dichas partes deban ser valoradas acumulativamente. Por lo demás, la interpretación errónea que el Tribunal calificador hace de las bases mencionadas no es indiferente, sino que, como afirma la Sala, altera significativamente el porcentaje del valor de cada una de las pruebas en la puntuación global.

#### **B) Acceso al Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria. Especialidad de Geografía e Historia. Méritos relativos al expediente académico. Deben valorarse las calificaciones obtenidas en el Curso de adaptación**

La STS de 20 de julio de 2005, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 6728, acoge la pretensión de la demanda de que se modifique la puntuación otorgada al recurrente en el procedimiento selectivo para el acceso al Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria (especialidad de Geografía e Historia), teniendo en cuenta las calificaciones obtenidas por el demandante en el Curso de adaptación seguido antes de cursar el segundo ciclo de la licenciatura de Geografía.

En la fase de valoración de méritos correspondientes al expediente académico, se valoraron las calificaciones obtenidas por el actor en los cursos 4º y 5º de la licenciatura de Geografía, pero no las correspondientes al Curso de adaptación realizado con carácter previo, interpretando que las bases de la convocatoria sólo autorizaban a la valoración de

## X. Función Pública

las calificaciones necesarias para la obtención del título exigido con carácter general para el acceso al Cuerpo en cuestión.

Sin embargo, haciendo una interpretación finalista y sistemática de la convocatoria y de la normativa aplicable, la STS de 20 de julio de 2005 estima que el Curso de adaptación establecido para acceder de un primer a un segundo ciclo es una alternativa prevista por el plan de Estudios de la titulación exigida para el acceso. Por tanto, si según la convocatoria deben ponderarse las calificaciones obtenidas en las asignaturas que necesariamente han de ser cursadas en el Plan de Estudios del título exigido, resulta claro para la Sala que las asignaturas cursadas en el Curso de adaptación cumplen ese requisito, pues son necesarias para la obtención del título de licenciado en geografía.

### **C) Procedimiento de selección. Error en la identificación del acto administrativo impugnado provocado por la Administración. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su versión de acceso a la jurisdicción**

Si bien la exigencia legal de que el recurrente identifique el acto administrativo impugnado en vía contencioso-administrativa es compatible con el artículo 24.1 CE, pues permite delimitar el objeto de cada proceso, el derecho garantizado por el precepto mencionado resultará vulnerado, en su vertiente de acceso a la justicia, cuando los órganos judiciales lleven a cabo una interpretación rigorista y absolutamente desproporcionada de tal exigencia.

En el caso enjuiciado por la **STC 243/2005, de 10 de octubre**, un error administrativo provocó que la recurrente impugnase el acto de trámite constituido por la propuesta de adjudicación de una plaza, en vez del acto definitivo de adjudicación de la misma a favor de otro candidato. Según la STC 243/2005, la Administración incurrió en error, sin que durante la tramitación del procedimiento selectivo ni con motivo de la resolución del recurso administrativo presentado por la recurrente indicase a ésta cuál era el acto de adjudicación de la plaza disputada. En consecuencia, la actuación administrativa ha ocasionado perjuicios a la parte recurrente, sin que sea razonable exigir a esta parte que amplíe el objeto del recurso una vez iniciada la tramitación del recurso contencioso-administrativo.

Por todo ello, la STC 243/2005 concluye que las sentencias impugnadas vulneran el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de acceso a la justicia, por lo que otorga el amparo solicitado, anula las sentencias mencionadas y ordena la retroacción de las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia de instancia.

## **4. CARRERA ADMINISTRATIVA**

### **A) Proceso de adscripción de los maestros a los puestos de trabajo resultantes de la nueva ordenación del sistema educativo. No constituye un mecanismo de provisión de puestos de trabajo semejante al concurso**

El caso enjuiciado por la STS de 18 de julio de 2005, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 6723, trae causa de la impugnación del Decreto 154/1996 y de la Orden de 27 de mayo de 1996, ambas normas de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de

Andalucía. Con motivo de la implantación del Primer Ciclo de la Enseñanza Secundaria Obligatoria prevista para el curso 96/97, el Decreto citado pretendía articular un proceso de transformación de los puestos de Preescolar y Educación General Básica en puestos de trabajo de Educación Infantil y de Educación Primaria, que afectaría a todos los maestros dependientes de la Consejería de Educación andaluza que ocupasen un puesto de trabajo con carácter definitivo y a quienes se encontrasen en situación de provisionalidad tras la supresión del puesto de trabajo que ocupaban con carácter definitivo (por aplicación de la Ley Orgánica 1/1990). La Orden mencionada excluía de la participación en el referido proceso de adscripción a quienes se encontrasen en una situación de provisionalidad por no haber obtenido destino definitivo o por haber reingresado de forma provisional.

Los recurrentes ocupaban plazas en colegios de Granada tras haber permanecido adscritos a centros públicos españoles de enseñanza en el extranjero. En virtud del Real Decreto 564/1987, finalizada la adscripción a los centros públicos españoles en el extranjero tendrían derecho a ocupar un puesto de trabajo del Cuerpo respectivo en la localidad en que tuviesen su destino en el momento de producirse dicho nombramiento. En consecuencia, los recurrentes alegan que el Decreto 154/1996 y la Orden de 27 de mayo de 1996 ignoran su derecho preferente a ocupar plaza en Granada y les dispensan un trato discriminatorio.

La STS de 18 de julio de 2005 –como ya hizo la sentencia recurrida en casación– señala que las normas mencionadas regulan un proceso de reorganización de los puestos de trabajo exigido por la nueva ordenación del sistema educativo, y no constituyen un concurso de traslado. Dichas normas no ordenan un sistema de provisión de puestos de trabajo, sino una especie de reconversión de los puestos ya existentes para su adaptación al nuevo sistema educativo que pretende mantener a los maestros en el lugar que ocupaban plaza o en un lugar próximo cuando no fuese posible lo anterior. La opción por limitar el proceso de adscripción a los maestros titulares de plazas con carácter definitivo y a los que se encuentren en situación similar supone un uso razonable de las potestades de organización de la enseñanza de la Junta de Andalucía, y no resulta discriminatoria para los recurrentes, puesto que no ocupan plaza con carácter definitivo. Los recurrentes mantienen el derecho preferente a obtener un destino en la localidad en la que ocupaban plaza antes de prestar servicios en centros españoles en el extranjero, pero ese derecho no obliga a la Junta de Andalucía a proveer todos los puestos vacantes que existan en todos los lugares.

## 5. DERECHOS COLECTIVOS

### A) Libertad sindical

#### a) Queda vulnerada por la exclusión de un sindicato en la formación de una Comisión de Seguimiento que tiene naturaleza negociadora

La STC 222/2005, de 12 de septiembre, ha otorgado el amparo solicitado por el sindicato recurrente por violación del derecho fundamental a la libertad sindical consagrado en

## X. Función Pública

el artículo 28.1 de la Constitución. La impugnación había sido presentada por el Sindicato Independiente de Personal de la Universidad de Oviedo (SIPU) contra la resolución de dicha Universidad por la que se hicieron públicos los Acuerdos de la Junta de Gobierno y del Consejo Social de la Universidad sobre modificación de la relación de puestos de trabajo del personal funcionario de administración y servicios de dicha Universidad. El sindicato impugnante no fue citado a la reunión que concluyó con la firma de los Acuerdos y fue asimismo excluido de la Comisión de seguimiento creada por el citado Acuerdo.

Según el TC, la primera de estas acciones no supone ninguna vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, dado que el SIPU había manifestado expresamente su rechazo y su intención de no firmar los Acuerdos. En este sentido, recuerda el Tribunal que “la negativa de un sindicato a firmar un determinado acuerdo no puede impedir que éste se firme con otros sindicatos representativos”. Distinta es, sin embargo, la respuesta del Tribunal ante la segunda de las situaciones impugnadas, esto es, ante su exclusión de la Comisión encargada del seguimiento de los Acuerdos. En este caso, la respuesta ha de ser distinta según la naturaleza de dicho órgano y según las facultades que tenga atribuida dicha Comisión, toda vez que “la no suscripción de un convenio colectivo no puede suponer para el sindicato disidente quedar al margen, durante la vigencia del mismo, en la negociación de cuestiones nuevas, no conectadas ni conectables directamente con dicho Acuerdo”.

En este caso concreto, se daba la circunstancia de que determinados aspectos del Acuerdo habían quedado diferidos a un momento posterior para ser tratados más en detalle en el seno de la Comisión de la mesa de negociación, por lo que el Tribunal entiende que la naturaleza de esta concreta Comisión es más bien la de un órgano negociador. Por ello, declara el Tribunal que la exclusión de la citada Comisión del sindicato impugnante lesionó el derecho fundamental del sindicato recurrente a la libertad sindical (artículo 28.1 CE) en relación con su derecho a la negociación colectiva (artículo 37.1 CE).

### **b) El derecho al crédito de horas retribuidas forma parte del contenido adicional del derecho a la libertad sindical**

La **STC 241/2005, de 10 de octubre**, ha otorgado el amparo solicitado por el funcionario recurrente, aunque cuenta con un interesante voto particular. El recurrente venía prestando sus servicios en el Servicio Andaluz de Salud (SAS) en la categoría de pinche de cocina y ostentaba la condición de liberado sindical por la Confederación sindical de la Comisión Obrera de Andalucía. Asimismo, se encontraba incluido en la bolsa de contratación, por el sistema de promoción interna, para desempeñar, entre otros, el puesto de celador.

El 15 de diciembre de 1997, el recurrente se presentó en el servicio de contratación del hospital para formalizar la interinidad que le había sido ofertada por el propio hospital por haber quedado en el primer puesto de la bolsa de trabajo. En ese acto comunicó su condición de liberado sindical y su pretensión de continuar como tal, sin intención de incorporarse de forma efectiva en el puesto de trabajo. La Dirección del hospital denegó finalmente la firma del nombramiento como celador en situación especial en activo al

exigírsele la prestación efectiva del servicio y al entender que ello resultaba incompatible con su situación de liberado sindical.

Ante estos hechos, se plantea el Tribunal si vulnera el derecho de libertad sindical la decisión del SAS de condicionar la obtención de la plaza en “situación especial en activo” a su efectiva ocupación por el recurrente o, lo que es lo mismo, a su cese como liberado sindical. Y ello porque el propio Tribunal ha declarado, entre otras, en su Sentencia 143/1991, de 1 de julio, que “el ejercicio de la actividad sindical en el seno de las Administraciones Públicas reconocido en la Constitución (artículo 103.3) está sometido a ciertas peculiaridades derivadas lógicamente de los principios de eficacia y jerarquía que deben presidir, por mandato constitucional, la acción de la función pública (artículo 103.1) y que no pueden ser objeto de subversión ni menoscabo”.

Pues bien, el TC otorga finalmente el amparo solicitado basándose en que el derecho al crédito de horas retribuidas forma parte del contenido adicional del derecho a la libertad sindical. Para ello, considera que no resulta suficiente la explicación dada por el SAS, que ha justificado su negativa al nombramiento únicamente en la necesidad de la prestación efectiva del servicio, propia de la configuración estatutaria de la situación especial en activo. Dicho fundamento resulta, a juicio del TC, en extremo abstracto, general y formalista, así como claramente desproporcionado en relación con la pérdida de facultades de acción del representante sindical.

El Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel ha formulado un Voto particular al no compartir el criterio de la Sala sobre la “fundamentación única” realizada por la Administración y al partir del especial objetivo que tenía la contratación, que no era otro que el de conseguir que un determinado servicio se encuentre efectivamente atendido, por razones especiales o de urgencia. Entiende el Magistrado que precisamente el interés público depositado en la necesaria y urgente cobertura efectiva del puesto vacante como celador, justificaba la actuación de la empleadora que, como Administración Pública, ha de actuar con objetividad y sumisión a la legalidad, sin asomo alguno de arbitrariedad. Dado que la plaza ofertada en interinidad debía, por razones de interés público, desempeñarse efectivamente, resultaba razonable y suficientemente justificado no otorgar la plaza a quien no llegaría a ocuparla, satisfaciendo el interés público depositado en la urgente y necesaria cobertura efectiva del puesto de trabajo a través de su asignación a otro empleado.

**c) El cese del funcionario en un puesto de libre designación resulta contrario a la libertad sindical cuando la Administración no justifica suficientemente una causa objetiva**

La STC 216/2005, de 12 de septiembre, ha concedido el amparo a un policía de la Brigada Provincial de Información de la Jefatura Superior de Policía del País Vasco que había sido cesado de su cargo tras comenzar a ejercer su actividad sindical dentro de la Asociación Nacional de Policía Uniformada (ANPU). La Administración había justificado

## X. Función Pública

su decisión en el poder discrecional que ostenta para el nombramiento y cese de los funcionarios nombrados por libre designación y, más concretamente, en la falta de idoneidad del funcionario cesado para el desempeño del puesto de trabajo, así como el desajuste con los criterios de funcionalidad de la Brigada donde prestaba servicios.

El TC recuerda que el derecho fundamental a la libertad sindical, en su vertiente individual, garantiza el derecho del trabajador, o del funcionario en este caso, a no sufrir consecuencias desfavorables en la empresa por razón de su afiliación o actividad sindical por lo que, “el margen discrecional característico de determinados actos administrativos no modifica la exigencia de la carga probatoria, a la que la Administración debe atender incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, aunque se aceptara que aquéllas no precisan ser motivadas, ya que ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales”.

El funcionario de policía recurrente para justificar que la causa real del cese había sido la de carácter antisindical alegaba básicamente la proximidad temporal del mismo con la fecha en que la Administración tuvo conocimiento de su designación como representante sindical, poco más de un mes antes del cese, así como la falta de concordancia entre la causa alegada por la Administración y el historial profesional del funcionario, que había recibido varias medallas y varias felicitaciones públicas por el desempeño de sus funciones. Todos estos motivos indiciarios permiten al Tribunal conceder el amparo solicitado al entender que “en los puestos de trabajo de libre designación, la correlativa libertad de cese es una libre facultad que, en el plano de la constitucionalidad, también queda limitada por el respeto a los derechos fundamentales, por lo que si se pretende el cese del recurrente en un puesto de esa naturaleza habrá que justificarlo en un dato o elemento objetivo, que pueda estar vinculado a las funciones propias de dicho cargo”.

### B) Negociación colectiva

#### a) No cabe confundir la mesa de negociación como tal con los sindicatos

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de julio de 2005, Ar. 206968, ha estimado el recurso interpuesto por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras del País Valenciano frente a la resolución del Ayuntamiento de Enguera, por la que se aprobaban las bases para la provisión de tres plazas de policía local. Se daba la circunstancia de que la mesa de negociación había dejado de funcionar unos meses antes a la aprobación de dichas bases por la dimisión de algunos de sus miembros.

Al respecto, entiende el Tribunal que “el hecho de que la mesa negociadora no se encontrara al completo en nada afecta a su existencia, siendo obligación del ayuntamiento negociar con ella, con los miembros que tuviere. En caso de que no fuere posible, ha de acreditar haberlo intentado mediante la correspondiente citación al efecto, aportando nota de la convocatoria y el envío a la mesa. Si convocados los miembros de ella, los que en ese momento ejercieran el cargo no comparecen, el Ayuntamiento habrá cumplido con la obligación que tiene de negociar o intentar la negociación, acreditando que no fue

posible por causa a él no imputable”. Al no haber ocurrido así, la Sala entiende que no se ha cumplido el mandato del artículo 32 de la Ley 9/1987, no bastando con la comunicación a los sindicatos o la conformidad prestada meses después por uno de ellos, pues no cabe confundir la mesa de negociación como tal con los sindicatos, pese a que aquélla esté compuesta por miembros de éste.

## 6. DERECHOS LABORALES

### A) El funcionario no tiene derecho a obtener un permiso retribuido para el ejercicio de las funciones propias de Presidente de un Colegio Oficial

En el presente caso el funcionario recurrente había iniciado un proceso especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, tramitado conforme a los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, alegando la violación del derecho fundamental a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad consagrado en el artículo 23 de la Constitución. La STSJ de Extremadura de 14 de julio de 2005, Ar. 496, ha desestimado la pretensión del recurrente.

El recurrente, un enfermero de un hospital extremeño que desempeñaba las funciones de Presidente del Colegio Oficial de Enfermeros de Badajoz, había solicitado un permiso para ausentarse un día de su puesto de trabajo alegando que tenía que presidir la sesión de Comisión de Gobierno que se iba a celebrar ese día. La Resolución del Director de Enfermería del hospital le había denegado el permiso solicitado, ante lo cual surge la duda de si dicho empleado, como personal estatutario del Servicio de Salud Extremeño, dispone o no de permisos retribuidos para el ejercicio de las funciones de Presidente del Colegio Oficial de Enfermeros. La Sala deniega su pretensión tras remitirse a la doctrina fijada por la STC 23/1984, de 20 de febrero, al considerar que no se puede asimilar el acceso a la función pública o a los cargos representativos elegidos por los ciudadanos en ejercicio del derecho de sufragio activo con la condición de miembros y cargos directivos de un Colegio Profesional, cuyo estatuto y funciones son completamente distintas pues, aunque los Colegios Profesionales sean Administración en cuanto realizan funciones públicas, la condición de los miembros directivos de la corporación no es similar a la de los representantes de los ciudadanos, y su reconocimiento constitucional se encuentra recogido en el artículo 36 CE, es decir, fuera de los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de este proceso especial para la protección de derechos fundamentales.

La anterior doctrina conduce al TSJ de Extremadura a la afirmación de que “el permiso retribuido pretendido por el recurrente por su condición de Presidente del Colegio de Enfermeros de Badajoz no se encuentra incluido entre los cargos públicos que contempla el artículo 23 de la Constitución, que no comprende a las Corporaciones de Derecho Público no territoriales”.

### 7. DERECHOS ECONÓMICOS

#### A) Complemento específico

##### a) Ha de ser determinado en función del perfil del puesto de trabajo

La STSJ de Cantabria de 1 de julio de 2005, Ar. 175157, ha desestimado la pretensión de los funcionarios recurrentes de asignación de un nuevo complemento de destino y de un mayor complemento específico. Los recurrentes, a la sazón funcionarios del Cuerpo General Administrativo, habían solicitado un aumento en ambos conceptos retributivos al entender que las funciones que estaban desempeñando iban más allá de las que concretaba para esos mismos puestos la relación de puestos de trabajo. Pues bien, tras reconocer la Sala la discrecionalidad de que goza la Administración para autoorganizarse y realizar un análisis de los límites que a esa potestad suponen la desviación de poder o la vulneración del principio de igualdad, llega a la conclusión de que no se ha producido ninguna vulneración de dichos límites.

Todo ello lleva a la Sala a desestimar la pretensión de los recurrentes recordando la doctrina jurisprudencial fijada al respecto, en la que se insiste en que “el complemento específico se determina en función del perfil del puesto de trabajo, conforme está definido en las relaciones de puestos de trabajo su definición exige unas cualidades en la prestación de cada puesto de trabajo que se sitúen por encima de un canon o patrón previamente determinado, de manera que no todos los aspectos en que se concrete la ‘dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad’ darán lugar, de suyo, a la percepción del complemento, únicamente reconocible a favor de aquellos puestos en que tales requisitos se den de manera especial”.

##### b) El funcionario en comisión de servicios tiene derecho a percibir el complemento específico que corresponda a las funciones efectivamente desempeñadas

La STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de julio de 2005, Ar. 191041, ha estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el funcionario recurrente contra la Resolución de la Dirección General de la Guardia Civil por la que se denegaba al recurrente el abono del componente singular del complemento específico por el puesto de trabajo desempeñado en la Unidad de la Policía Judicial en la Comandancia de Ciudad Real.

Para la resolución del caso, la Sala recuerda la doctrina jurisprudencial establecida acerca de la naturaleza de este particular complemento retributivo. En virtud de ello, entiende la Sala que “el complemento específico tiene un marcado carácter objetivo que está ligado al desempeño de un concreto puesto de trabajo, de tal forma que, una vez reconocido que un determinado puesto reúne condiciones para ser acreedor de tal complemento, debe abonarse al funcionario que lo desempeña, sin que sea obstáculo para ello el hecho de que durante el tiempo de prestación de dichas funciones el funcionario estuviera designado en Comisión de servicio, puesto que ninguna diferencia existe respecto al que ocupa la plaza en propiedad”.

**B) Trienios****a) Una norma puede establecer la forma de retribuir los trienios perfeccionados con anterioridad a su entrada en vigor**

La STSJ de Castilla y León de 12 de julio de 2005, Ar. 185686, ha desestimado el recurso presentado por el funcionario recurrente para que le fuera modificado el grupo de clasificación asignado a los trienios perfeccionados con anterioridad a la entrada en vigor del RD 12/1995, en cuya virtud, todos los trienios de los Grupos D y C perfeccionados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma debían ser reconocidos en los Grupos C y B desde la entrada en vigor de dicho RD en aplicación de la doctrina del TS contenida en sus Sentencias de 3 de febrero y 14 de noviembre de 1986.

Se trataba, por tanto, de determinar si el abono de los trienios perfeccionados por el recurrente con anterioridad a la entrada en vigor del mencionado RD, que tuvo lugar el 1 de enero de 1996, ha de realizarse por la cuantía que corresponde al Grupo de clasificación que ostentaba el preceptor en el momento de su perfección o, en cambio, por la que corresponda con arreglo a la reclasificación operada al efecto por el RD 12/1995. Pues bien, considera la Sala que estamos ante realidades diferentes, ya que en el caso alegado por las SSTS alegadas por el recurrente no existía una previsión normativa específica que limitara los efectos de los trienios, lo que motivó que la jurisprudencia, llenando el vacío legal, extendiese su valoración con efectos retroactivos. Sin embargo, entiende la Sala que en el presente caso no existe ningún vacío legal, toda vez que el artículo 5 del RD 12/1995 limita expresamente los efectos de la reclasificación en lo que a trienios se refiere. Todo ello permite al TSJ desestimar la pretensión del recurrente al entender que la norma que decreta la reclasificación puede establecer la forma de retribuir los trienios perfeccionados con anterioridad a su entrada en vigor.

**C) Complemento de productividad****a) Su percepción es compatible con la asignación de gratificaciones por la prestación de servicios en régimen de turnos rotatorios**

En este caso, el funcionario, miembro del Cuerpo Nacional de Policía que desempeñaba el puesto de trabajo de Jefe de la Oficina de Denuncias y Atención al Ciudadano en turnos de mañana, tarde y noche, había dejado de percibir el complemento de productividad desde el año 1999, al alegar la Administración que dicho concepto retributivo resultaba incompatible con la gratificación por turnos rotatorios.

La STSJ de Navarra de 29 de julio de 2005, Ar. 210785, ha estimado el recurso planteado por el funcionario recurrente al entender que se trata de dos conceptos plenamente compatibles. Efectivamente, la cantidad percibida por la realización de turnos rotatorios tiene la naturaleza jurídica de las gratificaciones, con lo cual queda incluida

## X. Función Pública

dentro del artículo 23.3.d) de la Ley 30/1984, que señala que las gratificaciones por servicios extraordinarios, fuera de la jornada normal, en ningún caso podrán ser fijas en su cuantía y periódicas en su devengo. A partir de ahí, considera la Sala que la Administración parte de un error de concepto al considerar que participa del género del complemento de productividad y reputar que no son sino modalidades alternativas de productividad, por lo que sólo existe el derecho a la percepción de una u otra modalidad en dicho complemento de productividad. Por ello, en la propia lógica conceptual de la Administración, en períodos de vacaciones, al dejar de abonarse el concepto de productividad específico por turnos rotatorios, se abona el concepto genérico de productividad funcional.

Asimismo, entiende la Sala que “en todo caso, la gratificación por servicios extraordinarios no responde al rendimiento o la iniciativa en el trabajo propios del complemento de productividad. De esta forma, ha de afirmarse que no existe incompatibilidad entre la percepción de ambos conceptos retributivos, por cuanto aun percibida la gratificación, no por ello el trabajo del funcionario está exento de una especial iniciativa o rendimiento, si se tiene en cuenta la generalidad con que se ha concebido la percepción de ese complemento en su componente funcional. O viceversa, la percepción del complemento de productividad no priva al servicio prestado de su carácter de extraordinario”.

### D) Complemento de peligrosidad

#### a) Resulta también aplicable al Guardia Civil que se encuentra en situación de expectativa de destino

En el presente supuesto se analiza el caso de una funcionaria perteneciente al Cuerpo de la Guardia Civil que había sido cesada con carácter forzoso en su destino y se encontraba en Navarra en situación de disponible forzoso en expectativa de destino. La actora había solicitado percibir el complemento de zona conflictiva durante los seis meses siguientes al cese forzoso y su solicitud había sido denegada por el Director General de la Guardia Civil al considerar que se trata de un complemento de carácter objetivo que retribuye la peligrosidad o penosidad del funcionario que desempeña un puesto de trabajo de determinadas características, y a estos efectos se consideran que cumplen dichas características los destinos en zonas peligrosas. Ahora bien, al haber sido cesada en su destino, la Administración considera que ya no está en zona peligrosa y que, por tanto, ya no existe la justificación objetiva para dicho complemento.

La STSJ de Navarra de 29 de julio de 2005, Ar. 210769, sin embargo, ha estimado el derecho del funcionario recurrente a percibir el mismo complemento que recibía con anterioridad al aplicar el artículo 7 del RD 1781/1984, que equipara a estos efectos la situación de disponible forzoso con el destino durante un período de seis meses.

**E) Indemnizaciones por razón del servicio****a) El traslado del funcionario desde su residencia oficial hasta la ubicación de su puesto de trabajo da derecho a su percepción**

La STSJ de Navarra de 27 de julio de 2005, Ar. 210811, ha estimado el derecho del funcionario recurrente a ser indemnizado por la Administración por los gastos de desplazamiento que había tenido que realizar durante los últimos cinco años. El funcionario prestaba sus servicios en las instalaciones del destacamento de tráfico de Tudela, que se encontraban a 5 kilómetros y medio del lugar de residencia del funcionario, y cada vez que acudía a su puesto de trabajo tenía que utilizar su vehículo particular.

La Sala reconoce el derecho del funcionario a la correspondiente indemnización dado que en el lugar de trabajo no había pabellones ni instalaciones públicas o privadas donde se pudiera vivir. Para ello aplica el artículo 9.3 del RD 462/2002, de 24 de mayo, que regula las indemnizaciones a los funcionarios por razón de servicio y establece que “gastos de viaje” es precisamente la cantidad que se abona por la utilización de cualquier medio de transporte por razón de servicio.

**8. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS****A) La reincorporación al servicio activo mediante la adscripción provisional de puesto de trabajo no es una decisión discrecional de la Administración, sino un derecho del funcionario siempre que concurren los requisitos del artículo 29bis.2 de la Ley 30/1984**

La STSJ de Cataluña de 30 de marzo de 2005, Ar. 127140, resuelve la impugnación de una denegación de reingreso desde una excedencia voluntaria al servicio activo mediante adscripción provisional, pese a que existían plazas vacantes correspondientes al cuerpo funcional de pertenencia. Según la recurrente, el correcto cumplimiento del artículo 29bis.2 de la Ley 30/1984 exigía proceder a la adscripción provisional. El precepto dispone que el reingreso podrá efectuarse por adscripción a un puesto de trabajo con carácter provisional, condicionado a las necesidades del servicio y siempre que se reúnan los requisitos para el desempeño del puesto, con lo que la cuestión clave consiste en dilucidar si la norma otorga o no a la Administración una potestad discrecional. Pues bien, esta cuestión, como se recuerda en la sentencia ahora comentada, ha sido objeto de numerosos pronunciamientos por parte de distintos Tribunales Superiores de Justicia, que han mantenido interpretaciones contrapuestas. En algunas sentencias se ha afirmado que al establecer la norma que la Administración “podrá” realizar la adscripción provisional y al condicionar dicho ejercicio a las “necesidades del servicio”, hay que entender que la adscripción provisional “está condicionada a un juicio de oportunidad de la propia funcionalidad de las provisiones de las vacantes” y que, por tanto, se trata de una potestad discrecional (STSJ de Canarias de 13 de septiembre de 1998, Ar. 3.509, STSJ de Madrid, de 30 de noviembre de 2002, Ar. 144961). Sin embargo, en otras resoluciones (STSJ de

## X. Función Pública

Cantabria de 28 de noviembre de 1996, STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de noviembre de 1999, Ar.3798), se interpreta que la adscripción tiene un carácter reglado, ya que la norma regula el ejercicio de la potestad mediante conceptos jurídicos indeterminados, como el de las necesidades del servicio, que son susceptibles de fiscalización jurisdiccional. El TSJ de Cataluña se inclina también, en esta sentencia, por esta interpretación y, en consecuencia, declara el derecho de la recurrente a la adscripción provisional.

### **B) El traslado por necesidades del servicio no debe confundirse con una adscripción parcial a un segundo puesto de trabajo**

En la STSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2005, Ar. 117781, se afirma que puede calificarse la situación de la recurrente como un traslado por necesidades del servicio cuando se le ha impuesto que hacia la mitad de su jornada pase a prestar unas tareas distintas a las suyas habituales para un negociado diferente a aquel en que trabaja y bajo las órdenes de otro superior. La Sala afirma que esta situación es una adscripción parcial a un segundo puesto de trabajo por acumulación de tareas que no tiene encaje en la legalidad y que vulnera los derechos del funcionario.

### **C) Ilegalidad del artículo 34.c) RD 249/1996 que limita la duración de la excedencia voluntaria a diez años para los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales**

La STS de 14 de julio de 2005, Sala Tercera, Ar. 2005/6608, confirma la SAN de 15 de julio de 1999 en la que se declara ilegal el artículo 34.c) del Real Decreto 249/1996, de 16 de febrero, que prevé una limitación de la duración de la excedencia voluntaria a diez años para los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes judiciales. La ilegalidad se deduce, por un lado, de la ausencia de cobertura legal de tal previsión, puesto que el artículo 357.3 de la LOPJ, en el momento de dictarse el Reglamento ya había sido modificada ampliándose el plazo a quince años (posteriormente se ha eliminado también este plazo). Y, por otro, de la vulneración del principio de igualdad al tratarse de una diferencia de trato tanto respecto a la generalidad de los funcionarios como a los restantes de la carrera judicial, que no se ven sometidos a la limitación de diez años, que carece de todo fundamento y justificación.

## 9. INCOMPATIBILIDADES

### **A) Incompatibilidad de la titularidad de una oficina de farmacia y el desempeño de tareas funcionariales en la Administración de Salud**

La STSJ Andalucía (Málaga) de 26 de abril de 2005, Ar. 157648, afirma la existencia de incompatibilidad entre el desempeño de tareas funcionariales en la Administración de Salud y el ejercicio de la actividad privada de farmacia pese a que el titular de la oficina haya nombrado a dos sustitutos, pues el carácter coyuntural y transitorio de la figura del sustituto no puede salvar la situación generada por la dedicación del farmacéutico a tareas funcionariales.

**B) Compatibilidad limitada entre el desempeño de un puesto en la Guardia Civil y el ejercicio de la abogacía**

La STSJ Madrid de 22 de abril de 2005, Ar. 157737, anula la denegación por el Ministerio del Interior de la compatibilidad limitada del ejercicio de la abogacía con el desempeño de un puesto en la Jefatura de Recursos Humanos de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil. La resolución administrativa se apoyaba en que de acuerdo con el artículo 6.7 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se establece que “la pertenencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado es causa de incompatibilidad para el desempeño de cualquier otra actividad pública o privada, salvo aquellas exceptuadas en la legislación sobre incompatibilidades”, lo que remite al artículo 19 de la Ley 53/1984 que no incluye la abogacía entre las actividades compatibles. La Sala discrepa de esta interpretación y afirma que la remisión no debe entenderse exclusivamente al artículo 19 de la Ley 53/1984, sino también a los artículos 11 a 15. Una interpretación conjunta de estos preceptos debe llevar a concluir que puesto que el ejercicio de la abogacía no se encuentra ni entre las que son incompatibles en todo caso enunciadas en el artículo 12, ni entre las actividades relacionadas por el artículo 19 que se declaran siempre compatibles, la determinación de su régimen jurídico habrá de efectuarse a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.3 y 11.1 de la Ley 53/1984 y de las normas reglamentarias que los desarrollan. Deberá, por tanto, declararse la incompatibilidad cuando el ejercicio de la actividad pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario o cuando pueda comprometer la imparcialidad o independencia en el desempeño del cargo. Y ello debe conectarse con lo dispuesto en los desarrollos reglamentarios [en el presente caso: RD 517/1986, de 21 de febrero (Incompatibilidades del Personal Militar) y RD 598/1985, de 30 de abril (Incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración del Estado, Seguridad Social y Organismos dependientes)], conforme a los cuales el ejercicio de la Abogacía, a diferencia pues de la actuación como Procurador, sólo se declara incompatible si concurren dos circunstancias: que el funcionario sea “Jefe de Unidad de Recursos”, o que defienda asuntos frente a la Administración del Estado o de la Seguridad Social relacionados con la dependencia administrativa a la que pertenece. Ello determina que el personal al que le resulte de aplicación el Real Decreto podrá ejercer la abogacía cuando no concurren tales circunstancias, lo que precisamente sucede en el presente caso. En consecuencia, la sentencia declara la compatibilidad del ejercicio de la abogacía con el puesto de trabajo del recurrente en la Jefatura de Recursos Humanos de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil (Madrid), aunque de acuerdo con la legislación de incompatibilidades, dispone que dicho ejercicio deberá ejercerse con escrupuloso respeto al horario asignado al puesto de trabajo del actor y no podrá comprometer su imparcialidad o independencia, debiendo abstenerse de actuar como abogado en asuntos relacionados o que se refieran a las actividades que desarrolle el Cuerpo de la Guardia Civil.

## 10. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

### **A) Falta muy grave que consiste en la comisión de tres o más faltas graves en un año. Sanción por reincidencia contraria al principio *non bis in idem*. Fuerzas y Cuerpos de Seguridad**

El TC ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 27.3.j) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de cuerpos y fuerzas de seguridad, que tipifica como falta disciplinaria muy grave “(...) haber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el período de un año”.

El precepto enjuiciado prevé una cuarta sanción que sirve para sancionar unos hechos previamente castigados mediante los oportunos procedimientos sancionadores. Ciertamente, en apreciación del TC, es legítimo que la sanción de reincidencia pretenda castigar el desvalor añadido que comporta el incumplimiento reiterado de las reglas dispuestas para la garantía del buen funcionamiento de la organización administrativa y para la correcta prestación del servicio encomendado a la misma. Sin embargo, tal como afirma la **STC 188/2005, de 7 de julio**, también las tres sanciones previas protegen el mismo interés jurídico relativo a la garantía de la adecuada realización de las funciones atribuidas a los cuerpos y fuerzas de seguridad.

En definitiva, el artículo 27.3.j) de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, al posibilitar la duplicidad de sanciones a un sujeto por la realización de unos mismos hechos y con un mismo fundamento, resulta contrario a la garantía que supone el principio *non bis in idem* en su vertiente material. A su vez, la **STC 188/2005**, aprecia también la vulneración de la vertiente procesal del principio *non bis in idem*, ya que para aplicar la sanción por la infracción muy grave tipificada en el precepto cuestionado es preciso seguir un procedimiento disciplinario distinto del desarrollado para la sanción de las tres faltas graves que integran el tipo enjuiciado.

### **B) Es contraria al principio de tipicidad la sanción impuesta en aplicación de un precepto anulado**

La **STC 195/2005, de 18 de julio**, otorga el amparo solicitado y declara la nulidad de la resolución sancionadora recurrida y de la sentencia confirmatoria de dicha sanción, dictadas en virtud de un precepto previamente anulado.

El precepto cuestionado –artículo 7.2 del Reglamento de régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, aprobado por Real Decreto 884/1989, de 14 de julio– fue declarado nulo por Sentencia de 26 de septiembre de 1996. En consecuencia, la sanción disciplinaria recurrida traía causa de una norma que no estaba vigente en el momento de producirse los hechos, ni en el momento de dictarse dicha resolución sancionadora, ni tampoco en el momento de pronunciarse la resolución judicial confirmatoria. En definitiva, como señala la **STC 195/2005**, se trata de una clara infracción del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, sin que dicha garantía de predeterminación normativa del ilícito disciplinario pueda obviarse en el marco de la relación de sujeción especial que media entre la Administración y el policía local sancionado.

**C) Apercibimiento. Sanción de plano**

La STSJ de Extremadura de 14 de julio de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 543, enjuicia la naturaleza de una resolución en la que una Concejal, tras haber presenciado que un funcionario de la Corporación Local respondía al teléfono de manera inapropiada, le advertía que no quería que estuviese en las dependencias de Intervención o Urbanismo cuando su presencia no estuviese justificada, y que en lo sucesivo esperase fuera a sus compañeros.

En apreciación de la Sala, la resolución de la Concejal no refleja una orden dictada con el fin de mejorar el funcionamiento de los servicios, sino que recoge un reproche a la conducta del funcionario y una serie de advertencias para el futuro. Según la STSJ de Extremadura de 14 de julio de 2005, la resolución litigiosa tiene una naturaleza sancionadora incuestionable, pese a la levedad de la sanción que se entiende impuesta (advertencia o apercibimiento), y aunque se diga que la misma no ha tenido reflejo en el expediente del recurrente.

Por tanto, se trata de una sanción impuesta con total desconocimiento de las garantías del Derecho administrativo sancionador, que en los casos de sanción leve exigen la tramitación de expediente sumario con audiencia al interesado (artículos 18 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, y 88 del Decreto legislativo 1/1990, de 26 de julio).

**11. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL****A) La jubilación de los médicos facultativos de las Fuerzas de Seguridad del Estado se rige por la legislación específica que la sitúa en los sesenta y cinco años**

La SAN de 25 de febrero de 2005, Ar. 208790, reitera la doctrina sentada en su sentencia de 28 de enero de 2004, de acuerdo con la cual a los facultativos del Cuerpo Nacional de Policía, en cuanto integrantes de una de las categorías de dichas Fuerzas de Seguridad (artículo 17 de la repetida LO 2/1986) les resulta de aplicación la legislación específica que, para tales miembros de las Fuerzas de Seguridad del Estado, se contiene en la Ley Orgánica 2/1986, y que, por tanto, procede su jubilación forzosa al cumplir los sesenta y cinco años (artículo 16.3 de la misma LO), hallándose expresamente exceptuados de la posibilidad de prolongar voluntariamente tal jubilación hasta los setenta años (párrafo tercero del artículo 33 de la Ley 30/1984). Ésta es la solución prevista en la normativa a la que, recuerda la Sala, ésta tiene necesariamente que atender por encima de consideraciones de hipotética justificación material y con independencia de que pueda considerarse razonable la argumentación del recurrente, que aducía que en el caso de los médicos facultativos carece de sentido eliminar la posibilidad de prórroga pues el tipo de trabajo que desempeñan no comporta el mismo desgaste físico que las tareas “típicas” o definitivas de los policías nacionales.

## X. Función Pública

### **B) El cese en un puesto de trabajo, como consecuencia de su eliminación por una RTP, y la reasignación a otro puesto con inferior complemento específico no vulnera los derechos del funcionario**

La STSJ del País Vasco de 16 de junio de 2005, Ar. 2005/211562, reitera la doctrina conforme a la cual el cese en un puesto de trabajo como consecuencia de su eliminación en la Relación de Puestos de Trabajo y su reasignación a otro puesto con inferior complemento específico no supone merma alguna de derecho. El régimen estatutario característico de los funcionarios públicos supone que están sometidos a las normas jurídicas que regulan sus derechos y obligaciones en cada período de tiempo en que permanece viva su relación funcional, siendo adquiridos, en principio, solamente los derechos que surjan durante el tiempo en que estén vigentes las normas en que aquéllos aparezcan reconocidos, sin que de ningún modo pueda considerarse que tenga aquel carácter el pretendido derecho a que cualquier aspecto de su régimen estatutario permanezca idéntico en el futuro. Así se infiere, además, de los artículos 15 y siguientes de la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública, que establece que las relaciones de puestos de trabajo, en tanto en cuanto se trata de autoorganizar sus propios servicios para un mejor desempeño de las labores asignadas, integra un supuesto de discrecionalidad administrativa y su ejercicio no supone el mantenimiento de los derechos retributivos. Además, en el caso que resuelve esta sentencia, el recurrente ocupaba el puesto suprimido en comisión de servicios, es decir, no era su titular sino que lo ocupaba de forma temporal, provisionalmente, por lo que no le corresponde tampoco percibir durante el plazo máximo de tres meses las retribuciones complementarias correspondientes al puesto de trabajo suprimido, tal y como está previsto en la Disposición Adicional Primera del Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo de la Dirección General de la Policía, aplicable al caso.

### **C) Los Profesores titulares de tecnología mecánica del Instituto Marítimo-Pesquero de Alicante no tienen derecho a la gratificación extraordinaria por jubilación voluntaria anticipada prevista en el Decreto 130/2002**

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de junio de 2005, Ar. 2005/207557, confirma la denegación de gratificación extraordinaria por jubilación voluntaria anticipada prevista en el Decreto 130/2002 a un funcionario de carrera profesor titular de tecnología mecánica del Instituto Marítimo-Pesquero de Alicante. La denegación debe estimarse correcta pues estos profesores no formaban parte del cuerpo docente dependiente del Ministerio de Educación (antes de ser transferido a la Generalidad de Valencia), sino a un cuerpo especial dependiente del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, a los que se asignó unas enseñanzas que, según informe del Ministerio de Hacienda, no son asimilables a las que se mencionan en la LOGSE.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

BELÉN MARINA JALVO

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

EVA DESDENTADO DAROCA



**XI. URBANISMO****Sumario:**

**1. Régimen del suelo.** A) De acuerdo con el estatuto urbanístico de la propiedad inmobiliaria, el principio de subrogación real impone a los adquirentes de las parcelas el deber de asumir los costes de la urbanización. B) El suelo no urbanizable de protección agrícola-ganadera no puede ser destinado a reserva para ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo. **2. Ejecución del planeamiento.** A) Ejecución de las obras de urbanización. Costes de la energía eléctrica. B) Sistemas de actuación: Normalización de fincas. **3. Otorgamiento de la licencia de obras.** A) Procedencia de la denegación de la licencia de obras en los supuestos en los que, si bien con la mera eficacia prejudicial, resulta probada la titularidad pública del terreno en el que se pretende levantar la construcción. B) Competencias locales para la realización de obras en puertos. C) Otorgamiento de la licencia municipal de obras por silencio administrativo: imposibilidad de obtenerla mediante esta técnica cuando el resultado es contrario al ordenamiento jurídico. D) Condicionamiento de la licencia a la presentación de aval.

**1. RÉGIMEN DEL SUELO**

**A) De acuerdo con el estatuto urbanístico de la propiedad inmobiliaria, el principio de subrogación real impone a los adquirentes de las parcelas el deber de asumir los costes de la urbanización**

Los particulares propietarios, recurrentes en casación del caso resuelto por la STS de 31 de mayo de 2005, RJ 6756, pretendían que las obras de urbanización de un polígono, cuya ejecución había asumido el Ayuntamiento al aceptar el cambio del sistema de compensación a cooperación, fueran pagados por el promotor de la actuación urbanística y no por ellos. A su juicio, en el caso de terrenos destinados a urbanizaciones de iniciativa particular, para que se produzca la subrogación liberatoria del promotor es necesario que los nuevos propietarios asuman expresamente las obligaciones contraídas por aquél, lo que en este caso no se produjo.

Tanto el TSJ de Murcia como el Supremo rechazan estos argumentos, sobre la base de la consolidada doctrina de la subrogación real:

“El motivo no puede prosperar porque, como con toda corrección se declara en la sentencia recurrida por la Sala de instancia, el principio de subrogación real impone a los adquirentes de las parcelas el deber de asumir los costes de la urbanización de acuerdo con el sistema que rige el estatuto urbanístico de la propiedad inmobiliaria, el cual no ha sido alterado por lo dispuesto en el artículo 21 de la mencionada Ley 6/1998, de 13 de abril, con independencia de que en los singulares contratos de compraventa de las parcelas se haya consignado o no ese deber de los adquirentes, ya que este precepto impone a los futuros propietarios el deber de cumplir los compromisos que el primero hubiese contraído con la Administración urbanística, entre los que, en este caso, se encuentra el de ejecutar las obras de urbanización, como se declara en la sentencia recurrida, y que, no cumplido por aquél, se transmite, en virtud del aludido principio de subrogación real recogido por el citado artículo 21 de la Ley 6/1998, a los adquirentes, razón por la que los actuales propietarios de las parcelas han de pagar al Ayuntamiento los costes de las obras de urbanización que aquél lleve a cabo al haberse cambiado, a petición de ellos mismos, el sistema de compensación por el de cooperación, sin perjuicio de las acciones que, como bien señala el Tribunal a quo en su sentencia, tengan éstos frente al promotor y transmitente de dichas parcelas, de acuerdo con lo establecido en el apartado tercero de este mismo precepto.”

La razón de ser de este principio, que congela el régimen urbanístico de la propiedad inmobiliaria independientemente de quien sea el propietario, es clara, pues de esta forma se evita que el simple cambio en la titularidad dominical de una finca pueda alterar las limitaciones, los deberes legales y los compromisos contraídos con la Administración urbanística y, a la postre, las normas urbanísticas. De ahí que, para proteger el tráfico jurídico, el transmitente venga obligado a hacer constar en el título de enajenación dichos extremos. Y que, de no hacerlo, la Ley autorice al adquirente para resolver el contrato o ejercitar frente a aquél las pertinentes acciones ante la jurisdicción civil.

### **B) El suelo no urbanizable de protección agrícola-ganadera no puede ser destinado a reserva para ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo**

La STS de 30 de septiembre de 2005, RJ 6986, estima el recurso de casación presentado por la Junta Vecinal de Cuchía contra la STSJ de Cantabria. Ésta había dado por bueno el acuerdo del Ayuntamiento de Miengo que aprobó la relación de bienes y derechos afectados por la expropiación de terrenos incluidos en la reserva para ampliación del patrimonio municipal del suelo, declarando la necesidad de ocupación de dichos bienes y la solicitud a la comunidad autónoma de la declaración de urgente ocupación.

Antes de conocer los argumentos del Tribunal Supremo es conveniente recordar que el artículo 278.1 del TRLS de 1992 (cuya vigencia fue rescatada por Ley autonómica 1/1997, de 25 de abril, que mediante una norma de reenvío asumió como propio el Derecho

## XI. Urbanismo

estatal vigente antes de la STC de 20 de marzo de 1997) admitía que los planes generales pudieran establecer, “sobre suelo clasificado como urbanizable no programado o no urbanizable no sujeto a especial protección, reservas de terrenos de posible adquisición para constitución o ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo”.

Pues bien, el motivo para casar la sentencia del tribunal a quo es que, cuando la Comisión Regional de Urbanismo clasificó el suelo de la actora (el 6 de julio de 1998), ya estaba en vigor la Ley 6/1998, de 6 de abril, cuyo artículo 9 (cuya constitucionalidad fue validada por la STC 164/2001) establece, en síntesis, dos criterios directos para la clasificación del suelo como no urbanizable: que el suelo sea incompatible con la transformación y que sea inadecuado para un desarrollo urbano. El nuevo precepto no contempla, a juicio del Tribunal Supremo, la categoría de “suelo no urbanizable no sujeto a especial protección”, en cuanto susceptible de establecer sobre él reservas para constitución o ampliación del citado Patrimonio:

“Consiguientemente y toda vez que el suelo litigioso estaba clasificado de suelo no urbanizable de protección agrícola-ganadera, única clasificación posible, al no existir ya la clasificación de suelo no urbanizable genérico en la Ley 6/1998, ha de reputarse vulnerado con la interpretación que la Sala de instancia realiza el artículo 9 de la Ley 6/1998, lo que exige la estimación del primero motivo de recurso de casación y sin necesidad de entrar en el estudio del segundo de los motivos, debe resolverse el fondo de la cuestión debatida, en los términos en que aparece planteado el debate, debiendo procederse a la anulación del Acuerdo del Ayuntamiento impugnado, por cuanto el suelo cuya expropiación se pretendía para ampliación del patrimonio municipal del suelo, era un suelo no urbanizable de protección agrícola-ganadera lo que le excluía consiguientemente y por las razones expuestas de ser destinado a reserva para ampliación del Patrimonio municipal.”

## 2. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

### A) Ejecución de las obras de urbanización. Costes de la energía eléctrica

En su STS de 25 de mayo de 2005, Ar. 4293, el TS tiene que discernir sobre las obligaciones de las empresas suministradoras de energía eléctrica y sobre el derecho al reintegro de las inversiones que han sido realizadas para sufragar obras de suministro de energía eléctrica en suelo urbano.

En el supuesto concreto que se discute, se parte de la base de que las instalaciones objeto de la controversia (una línea subterránea de media tensión, dos centros de transformación y una red subterránea de distribución de baja tensión) se ejecutan para suministrar energía eléctrica a unos terrenos que tienen la calificación de suelo urbano de uso residencial.

En relación a este tipo de terrenos, y de acuerdo con la legislación que regula el suministro eléctrico (RD 2929/1982, de 15 de octubre, sobre acometidas eléctricas, y Decreto de 12 de marzo de 1954 que aprueba el Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regulari-

dad en el suministro de energía), el TS dice que los derechos de acometida son compatibles con el reintegro, a cargo de las compañías de distribución, de los gastos correspondientes a la extensión de redes de suministro de energía eléctrica en suelo urbano, dado que corresponden a las compañías eléctricas los gastos de mantenimiento, extensión y ampliación, al menos en suelo urbano, de las redes de distribución de energía eléctrica, de modo que los costes de extensión y ampliación deben efectuarse con cargo a aquéllas, correspondiendo a los particulares los relativos a la acometida individual.

Esta interpretación que realiza el TS le sirve para desestimar el recurso de la empresa eléctrica contra el reintegro a su costa de los gastos que una Junta de Compensación había realizado para sufragar las obras de instalación de suministro de energía eléctrica ejecutadas por ella en terrenos de su propiedad.

### **B) Sistemas de actuación: Normalización de fincas**

La STS de 12 de abril de 2005, Ar. 3729, debe resolver sobre una posible normalización de una finca propiedad de la recurrente.

Para solucionar el caso, el TS enuncia toda su doctrina en torno a la normalización de fincas, indicando que de las normas de aplicación a la misma (artículos 117 y siguientes RGU de 1979, se deriva la naturaleza y finalidad del acto de normalización, que se entiende como un procedimiento abreviado de la reparcelación, señalando que se requieren dos requisitos para la aplicación de este procedimiento: un requisito previo negativo, que consiste en que no sea necesaria la previa redistribución de los beneficios y cargas entre los propietarios afectados, y otro requisito positivo, que consiste en la precisión de regularizar la configuración física de las fincas para adaptarla a las exigencias del planeamiento, pudiendo acordarse tal normalización en cualquier momento, ya sea de oficio o a instancia de parte, teniendo por ámbito territorial, según el artículo 118.1 de la norma antes citada, o bien una manzana completa o bien parte de ella, y su objeto o contenido material se reducirá, según el artículo 118.2, única y exclusivamente, a definir los linderos de las fincas afectadas, para de este modo hacer posible la materialización del aprovechamiento conforme a los usos determinados por el planeamiento.

Y se requiere, además, que tal modificación de linderos no afecte al valor de las fincas normalizadas en proporción superior al 15%, ni en modo alguno a las edificaciones existentes.

De todo ello, el TS extrae la consecuencia de que la normalización no es una reparcelación, “ya que no se trata de una agrupación de fincas en una unidad de actuación o polígono, para su nueva división, sino simplemente en una variación de linderos de las fincas existentes en una manzana o parte de ella, para así hacer posible el adecuado aprovechamiento de las mismas conforme a lo dispuesto en el correspondiente Plan” (FJ 2º).

## XI. Urbanismo

Precisamente, dice el TS, la finalidad de la reparcelación es hacer posible la justa distribución de los beneficios y las cargas, mientras que este hecho determina la imposibilidad de aplicar el proceso de normalización de fincas.

En el supuesto debatido, al ser imposible por la recurrente probar la realidad de los requisitos exigidos, el TS desestima el recurso planteado.

### 3. OTORGAMIENTO DE LA LICENCIA DE OBRAS

#### **A) Procedencia de la denegación de la licencia de obras en los supuestos en los que, si bien con la mera eficacia prejudicial, resulta probada la titularidad pública del terreno en el que se pretende levantar la construcción**

La STS de 23 de febrero de 2005, Ar. 3782, resuelve el recurso de casación interpuesto por una entidad mercantil a la que el Ayuntamiento de Miengo (Cantabria) le denegó la solicitud de licencia de obras para un proyecto de apartahotel en la Playa de Mogro. La validez del acuerdo municipal fue reiterada por el Tribunal de instancia.

La peculiaridad del supuesto de hecho sometido a la consideración del supremo órgano jurisdiccional reside en la discutida titularidad privada de los terrenos en los que se pretende levantar la construcción para la que se solicita la autorización municipal, que se encuentran situados en la zona marítimo-terrestre. En efecto, los mismos fueron declarados de dominio público en virtud de una Orden Ministerial del 1985, que practicó su deslinde. Sin embargo, los mismos estaban inscritos en el Registro de la Propiedad como de titularidad privada. Como el acto administrativo de deslinde fue llevado a cabo al amparo de la anterior legislación de Costas, Ley 28/1969, entiende la recurrente que debe prevalecer la inscripción registral y por ende, la titularidad privada de aquéllos.

El Tribunal Supremo contradice dicho argumento en aplicación de la nueva Ley de Costas 22/1988, la STC 149/1991, el artículo 132. CE y su Sentencia de 18 de octubre de 2004, en la que se reproducen los argumentos de la de 6 de marzo de 1996, entendiéndose que a partir de las cuales no existe ya posibilidad alguna de propiedad privada en la zona de dominio público marítimo-terrestre.

Sobre las dudas que pudieran plantearse acerca de la posibilidad que asiste a la Sala juzgadora de pronunciarse sobre la cuestión previa o prejudicial de la titularidad de los terrenos en los que se proyectó la construcción denegada, y que reviste carácter civil, el Tribunal entiende que el control por él mismo ejercido se limita a resolver sobre la corrección procedimental del deslinde practicado en 1985.

Por ello, la alta instancia judicial se pronuncia, aunque de forma prejudicial sobre la titularidad de los terrenos controvertidos y confirma la validez del acuerdo municipal enjuiciado mediante el cual se denegó la licencia municipal de construcción. El FJ 7º de la sentencia resume las consideraciones de la alta instancia judicial a este respecto:

“Hemos de limitarnos a reiterar la doctrina de la Sala que se contiene en la sentencia de instancia (STS de 13 de febrero de 2001): La jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha declarado, a propósito de las relaciones entre el dominio público y las licencias municipales de urbanismo, que a través de la licencia urbanística la Administración Municipal actúa un control de legalidad, pero no de la legalidad en general sino de la legalidad urbanística –artículo 178 de la Ley del Suelo–. De aquí deriva que no corresponde a la Administración controlar, a través de la licencia, la titularidad dominical del terreno sobre el que se pretende construir, y a esta situación responde la cláusula ‘salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero’, a que se refiere el artículo 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Ahora bien, esta regla general encuentra excepción en los supuestos de dominio público, en los que la jurisprudencia admite la procedencia de la denegación de la licencia en los casos en los que, si bien con la mera eficacia prejudicial establecida en el artículo 4º de la Ley de esta Jurisdicción, resulta probada la titularidad pública del terreno o existen dudas razonables sobre la titularidad privada de aquél –Sentencias de 2 de mayo y 25 de junio de 1989, 3 de julio y 25 de septiembre de 1991, 25 de febrero de 1992, etc.”

### **B) Competencias locales para la realización de obras en puertos**

En la **STS de 1 de febrero de 2005**, Ar. 1128, el Tribunal Supremo se plantea si es aplicable la excepción a la necesidad de licencia municipal contemplada en el artículo 19.3 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (27/1992, de 24 de noviembre) para las obras de construcción de una glorieta y un aparcamiento que pretende realizar la autoridad portuaria en una avenida de la ciudad de Huelva, con el objeto de mejorar el tráfico de la zona portuaria.

El Ayuntamiento de la citada localidad había emitido un informe desfavorable acerca de dicha actuación hasta tanto se presentara un proyecto técnico completo en el que se contemplase la ejecución del Paseo del Litoral previsto en el Plan Especial del Puerto y Plan General de Ordenación Urbana, que se encontraba en fase de tramitación, y se previesen las fases de su ejecución.

Dicho informe fue anulado por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que consideró que las obras en cuestión se realizaban en dominio público portuario, razón por la que, en aplicación del anteriormente citado precepto de la Ley de Puertos y del artículo 244.1 del Texto refundido de la Ley del Suelo de 1992, era innecesaria la solicitud de la licencia municipal.

Este razonamiento es también el acogido por el Tribunal Supremo, que considera que las obras proyectadas consisten en infraestructuras completamente necesarias para el funcionamiento del puerto de Huelva, para que el mismo pueda cumplir la finalidad primera y fundamental de cualquier puerto, por lo que les resulta plenamente aplicable la excepción del control municipal a que se refiere el mencionado precepto legal. Además, entiende la Alta instancia jurisdiccional que aunque las obras no fueran susceptibles de ser encu-

## XI. Urbanismo

dradas en las excepcionadas de licencia municipal, tampoco sería el acuerdo municipal ajustado a Derecho, ya que el Ayuntamiento sólo podría informar desfavorablemente si las obras no se ajustasen al Plan Especial de Ordenación del Espacio Portuario, que, al parecer, aún no existe. El informe desfavorable no puede fundarse en unos Planes que todavía están en tramitación.

### **C) Otorgamiento de la licencia municipal de obras por silencio administrativo: imposibilidad de obtenerla mediante esta técnica cuando el resultado es contrario al ordenamiento jurídico**

La STS de 26 de marzo de 2004, Ar. 2268, resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Orihuela frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 2 de febrero de 2001, que había estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra los acuerdos de la Comisión Territorial de Urbanismo de Alicante, que declararon no haber sido obtenidas por silencio administrativo tres licencias de construcción de diversas edificaciones destinadas a viviendas.

El Consistorio municipal se opone a dicha resolución judicial por entender que la misma es contraria al artículo 178.3 de la Ley del Suelo de 1976, que declara que no pueden considerarse adquiridas por silencio licencias urbanísticas en contra de la ordenación urbanística aplicable, y precisamente en este caso se da esta circunstancia, ya que el suelo sobre el que se pretendía edificar no podía ser calificado como urbano, al haberse suspendido primero, y luego anulado, el proyecto de delimitación del mismo que así lo definía.

La Sala de instancia anula los acuerdos municipales al entender que el transcurso de los plazos establecidos en el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 determina la obtención de la licencia por silencio, añadiendo que si la misma resulta contraria a planeamiento, podrá ser anulada tras el correspondiente procedimiento de revisión, pues otra solución implicaría dejar al solicitante de la licencia en una situación de inseguridad jurídica incompatible con el artículo 9.3 CE.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, siguiendo una reiterada doctrina, declara en su FJ 6º que “(...) no basta con el transcurso de los plazos establecidos en el artículo 9 RSCL para entender obtenida por silencio una licencia de obras sino que, además, ha de indagarse acerca de su conformidad con las normas urbanísticas de aplicación (Sentencias de 31 de enero de 2000, 27 de diciembre de 1999, 12 de mayo de 1999 y 4 de junio de 1997, entre otras)”, situación de legalidad que no se produce en el presente caso, ya que ni cuando se solicitó la licencia de obras el suelo merecía la clasificación de urbano, ni surtió efecto la posterior inclusión del mismo en el Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano, razones por las que el peticionario no pudo adquirir el derecho a edificar.

### **D) Condicionamiento de la licencia a la presentación de aval**

El Tribunal Supremo, en su STS de 23 de febrero de 2005, Ar. 3352, declara no haber lugar al recurso de casación planteado contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias desestimatoria de la pretensión del recurrente de anular la condición

impuesta por un Ayuntamiento a la adquisición de una licencia para la construcción de un hotel.

La constructora recurrente funda el primer motivo de su pretensión en lo dispuesto en el artículo 40 del Reglamento de Gestión Urbanística, conforme a la cual sólo se puede exigir fianza cuando se trate de licencias para edificar en suelo urbano, que no tenga la condición de solar y no esté incluido en unidades de actuación.

Sin embargo, a juicio del Tribunal Supremo, y siguiendo, entre otras, su Sentencia de 24 de abril de 2002, este argumento se opone a lo dispuesto en el artículo 41 del mismo Reglamento, que contempla la concesión de licencia de edificación sobre terrenos que carezcan de la condición de solar pero estén incluidos en polígonos o unidades de ejecución. En este supuesto, el apartado 3 del mismo precepto dispone que son aplicables las precisiones del número 3 del artículo anterior, entre las que se contempla la pérdida de la fianza referida en el apartado 1.b) del mismo precepto, que exige la prestación de fianza en cualquiera de las formas admitidas en derecho, por lo que no cabe duda de que para otorgar licencia de edificación en terrenos incluidos en polígonos o unidades de actuación, antes de que adquieran la condición de solar, se debe también exigir la prestación de fianza (FJ 3°).

Además, a esta conclusión no se opone el hecho de que el promotor de la urbanización hubiese ya prestado aval en garantía de la correcta finalización de la urbanización, pues si, inacabada ésta, algún propietario de suelo incluido en el polígono o unidad de actuación solicita la licencia de edificación, para el otorgamiento de ésta procede exigirle fianza que asegure la correcta y completa finalización de la urbanización (FJ 4°).

Respecto del segundo argumento esgrimido por la recurrente en casación, referido a la desproporción del aval exigido por la entidad municipal para la concesión de la licencia de edificación, el Tribunal mantiene que el mismo se ajusta a lo dispuesto en el Plan General de Ordenación Urbana, que señala su cuantía en un seis por ciento del coste estimado de la obra de edificación. A juicio de la Sala juzgadora, este importe no resulta arbitrario ni desproporcionado, ya que se basa en el beneficio que al solicitante de la licencia le ha de reportar la obra construida, no siendo lógico ni razonable que se exigiese avalar idéntica suma, dado que la obra urbanizadora inacabada resulta la misma para todos los propietarios que pretenden edificar, a quien vaya a obtener un beneficio menor, debido al inferior valor de lo edificado, que a quien pueda alcanzar otros superior, atendida la construcción que vaya a levantar (FJ 6°).

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ  
CONSUELO ALONSO GARCÍA  
FRANCISCO DELGADO PIQUERAS  
RUBÉN SERRANO LOZANO  
ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

**XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL****Sumario:**

**1. Consideración previa. 2. Bienes locales.** A) Enajenación de bienes. Nulidad de las subastas amparadas en planeamiento urbanístico declarado ilegal. B) Enajenación de bienes. Requisitos para permutar un bien municipal por otro. C) Enajenación de bienes. Requisitos para enajenar sin subasta un bien. D) Enajenación de bienes. Permuta de bienes del Ayuntamiento por cosa futura. E) Utilización de los bienes destinados a un uso público. El Ayuntamiento es competente para regular el uso del vuelo y del subsuelo del dominio público. F) Utilización de los bienes patrimoniales. Ocupación del bien mediante expropiación forzosa o mediante acuerdo con el Ayuntamiento. Impugnabilidad de los actos preparatorios en el caso de acuerdo. G) Potestades administrativas. Recuperación de oficio de la posesión de los bienes de dominio público. Requisitos para hacerla efectiva. **3. Aguas continentales.** A) Abastecimiento a poblaciones: necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente para el rescate de la concesión; adjudicación de concurso improcedente. B) Aguas privadas: denegación de la inscripción en el Catálogo improcedente. C) Regadíos: concesión amparada por la Ley 52/1980 (acueducto Tajo-Segura); interpretación de las Ordenanzas de riego de una Comunidad General. **4. Aguas marítimas.** A) Deslinde. a) El objeto del deslinde es declarar demanio marítimo-terrestre lo que, por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo, lo es. b) El ejercicio de la potestad de deslinde carece de límites cuantitativos y temporales, sin que una actuación posterior suponga vulneración de previos actos propios. c) Efectos del deslinde: actualmente declara la posesión y la titularidad dominical de los bienes considerados demaniales, sin que prevalezcan inscripciones registrales en contrario. d) Procedimiento de deslinde. a') El tenor originario de la Ley 30/1992 no establecía plazo para su resolución, impidiendo también su caducidad automática. b') No existe prevalencia entre las pruebas aportadas, debiendo atenderse las que permitan apreciar claramente la realidad existente. e) Compete a la jurisdicción contencioso-administrativa el control del deslinde, sin pronunciamientos sobre cuestiones de propiedad. B) Utilización del dominio público marítimo-terrestre.

- a) El régimen transitorio de la Ley de Costas determina la transformación de la propiedad particular litoral en un derecho temporal de uso y aprovechamiento del demanio.
- b) El error de calificación de bienes en proyectos de obras sobre el demanio costero no supone vicio determinante de su nulidad. c) Las anteriores concesiones de desecación de marismas no transmutan en títulos de propiedad privada, teniendo carácter temporal y caducando por incumplimiento de sus condiciones. C) Limitaciones sobre propiedades colindantes: la extensión de la servidumbre de protección no se reduce en el suelo urbanizable programado sin Plan Parcial aprobado a la entrada en vigor de la Ley de Costas. D) Pesca marítima. a) Las subvenciones pesqueras deben devolverse si su beneficiario incumple las condiciones impuestas a las mismas. b) Quien se ha subrogado legalmente en la posición del solicitante puede percibir las ayudas a la paralización definitiva del buque. **5. Carreteras. 6. Minas: fomento de la minería. 7. Propiedades públicas. Régimen económico-financiero.** A) Aguas continentales. a) Canon de regulación y tarifas del agua previstos en la legislación estatal de aguas: varias cuestiones. b) Canon de vertido previsto en la legislación estatal de aguas. c) Exacciones por vertidos y saneamiento impuestas por Entidades locales. B) Aguas marítimas. a) Puertos: más resoluciones. C) Minas. a) Canon de superficie de minas: más sobre la posibilidad de actualizar su importe mediante genéricos aumentos previstos en leyes de presupuestos: los cambios operados por la Ley 25/1998. D) Otro dominio público. a) Cánones aeroportuarios: problemas derivados de su errónea calificación como precios públicos. b) Tasas por la utilización del dominio público local: varias cuestiones. c) Tasas por la utilización del dominio público local: cuantificación al 1,5% para ciertas empresas suministradoras de servicios.

## 1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia núm. 2151 a la 4264 del RA (cuadernillos 10 a 17 de 2005) y la Constitucional desde la Sentencia 140/2005, de 6 de junio, hasta la 239/2005, de 26 de septiembre.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

### 2. BIENES LOCALES

#### A) Enajenación de bienes. Nulidad de las subastas amparadas en planeamiento urbanístico declarado ilegal

En la STS de 13 de abril de 2005, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 3470, se desestima un recurso de casación contra la Sentencia de la Sala de lo contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León anulatoria de unos acuerdos de subasta de unas parcelas municipales y de la Orden de aprobación definitiva de revisión del plan general de ordenación urbana. En la Sentencia se afirma que al anularse el planeamiento que ampara y permite la enajenación de la parcela, los acuerdos deben anularse.

#### B) Enajenación de bienes. Requisitos para permutar un bien municipal por otro

En la STS de 16 de febrero de 2005, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2514, el Tribunal se pronuncia sobre las condiciones para que sea procedente la realización de una permuta, resumiéndose la jurisprudencia anterior.

En concreto, en la Sentencia citada se dice que es claro el contenido del artículo 80 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local de 1986 respecto a que la subasta pública constituye el régimen general de enajenación de bienes patrimoniales locales así como que la permuta se permite entre bienes de naturaleza inmobiliaria.

Partiendo de que en el supuesto concreto la enajenación se ha calificado como permuta, a continuación el TS afirma que no define la normativa administrativa la permuta por lo que debemos acudir a la legislación civil, artículo 1538 del Código Civil en que la permuta se califica como aquel contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra. Sin embargo, ello no es óbice para que en razón a su naturaleza de contrato oneroso, conmutativo y traslativo del dominio puedan los sujetos que celebran la permuta transferirse el dominio de una o varias cosas que les pertenecían. En el ámbito civil se han denominado simples a las que se realizaban sin estimación económica del valor de los bienes mientras se conceptuaban como estimatorias aquellas en que había habido una previa valoración de las cosas permutadas. Y aunque lo cierto es que la Ley no contempla las permutas consideradas mixtas o complejas si existen en la realidad, por lo que habrá de atenderse a las circunstancias del caso concreto independientemente de cómo se denomine el contrato.

Partiendo de la definición de permuta indicada, en la Sentencia citada se analizan los requisitos previstos en la normativa para hacer efectiva la permuta y, en particular, los contemplados en los artículos 112 y 118 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986.

Así, en el artículo 112 citado se dice que no será necesaria la subasta en los casos de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario, previo expediente que acredite la necesidad de efectuarla y que la diferencia del valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40% del que lo tenga mayor; y en el artículo 118

se declara que será requisito previo a toda venta o permuta de bienes patrimoniales la valoración técnica de los mismos que acredite de modo fehaciente su justiprecio.

Queda patente, por lo tanto, dice el Tribunal, que el artículo 112 exige la instrucción de un expediente en el que se acredite la finalidad pretendida mediante la permuta (Sentencia de 12 de febrero de 2001). Expediente en el que habrán de obrar informes, dictámenes, discusiones o ponencias acerca de la citada necesidad, tal cual recuerda la Sentencia de este Tribunal de 31 de enero de 2000, que confirma la de 29 de abril de 1993 del TSJ de Sevilla. Por lo tanto, habrán de constar los intereses o necesidades públicas de cuya atención se trata, las razones por las que para dicha atención son más convenientes que otros los bienes que se pretenden adquirir por permuta así como la causa por la que tales bienes han de ser adquiridos por permuta y no por otros medios (Sentencia de 24 de abril de 2001, votada el 17).

Además de la necesidad de la misma también es preciso justificar la equivalencia de valores (Sentencia de 31 de enero de 1990). “Necesidad” que integra un concepto jurídico indeterminado que, como señala la Sentencia de la antigua Sala Cuarta de este Tribunal de 1 de julio de 1988, recogida en la Sentencia de 18 de octubre de 1990, y reiterado en la de 16 de julio de 2001, se concreta en la valoración de dos extremos diferentes que atañen a la necesidad de la adquisición de determinados bienes y, además, a que para tal adquisición, desde el punto de vista del interés público, resulte indicada la permuta.

Es decir, que no basta con justificar la conveniencia, sino la necesidad (Sentencia de 2 de julio de 2002), lo que conlleva aportar los informes y las consideraciones técnicas, económicas y jurídicas que justifican dicha necesidad mediante los oportunos dictámenes periciales e informe del Secretario interventor, pues también debe constar que la diferencia de valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40% del que lo tenga mayor. Y respecto a las tasaciones no se toman en cuenta los informes prestados a instancia de las partes interesadas, sino los emitidos por los técnicos municipales que sólo pueden ser puestos en cuestión mediante la proposición y práctica de una prueba pericial verificada con los requisitos y garantías de contradicción establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Requisitos ineludibles por cuanto no sólo la subasta pública es la regla general en la enajenación de los inmuebles de los Entes locales, sino porque además tal regla garantiza los principios constitucionales de igualdad, artículo 14 de la Constitución, y eficacia de las Administraciones públicas, artículo 103 de la Constitución, al colocar en posición de igualdad a todos los posibles interesados en la adquisición de los bienes locales (Sentencias de 24 de abril de 2001, votada el 17, y de 15 de junio de 2002).

Criterio el anterior que se afianza más si cabe en el pronunciamiento vertido en Sentencia de 10 de diciembre de 2004, al afirmar que “la aplicación del artículo 112.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, al dar lugar a la enajenación en su caso de la parcela de propiedad municipal mediante subasta, hubiera sido más conforme

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

a los principios que inspiran, tanto la legislación de la Unión Europea como obligadamente de la legislación española, de publicidad y libre concurrencia, pues resulta obvio que las empresas y los particulares interesados hubieran podido concurrir a la adquisición de la parcela de que se trata”.

### C) Enajenación de bienes. Requisitos para enajenar sin subasta un bien

En la STS de 16 de febrero de 2005, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2514, el Tribunal se pronuncia sobre las condiciones generales para que sea procedente la realización de una enajenación sin subasta, resumiendo la jurisprudencia anterior.

En concreto, en ella se dice que ciertamente el artículo 120 del Texto Refundido de la Ley de Administración Local permite la adjudicación directa de bienes en los casos allí enumerados siempre que se justifique debidamente en el expediente administrativo, norma cuya interpretación ha sido restrictiva por la jurisprudencia precisamente en orden a garantizar la norma general establecida en el artículo 80 del mismo Texto Refundido. La exigencia del expediente, aunque sea sumario (Sentencia de 30 de mayo de 2000) y de la justificación exigida en cada uno de los apartados del artículo 120, según del supuesto de que se trate, es condición ineludible para la viabilidad de la adjudicación directa (Sentencias de este Tribunal de 17 de junio de 1992 y 15 de diciembre de 2003). Por ello, si atendemos a la jurisprudencia invocada por una y otra parte concluimos que:

a) En la Sentencia de 28 de marzo de 1996 se admite la adjudicación directa sin previa licitación de un bien patrimonial para la instalación de un servicio de carburante que se traslada de un lugar de la ciudad a otro en razón no sólo a la justificación del interés público sino a la existencia de un solo productor, CAMPSA, en un momento en que no regía la libre competencia.

b) En la Sentencia de 16 de junio de 1992 se acepta la enajenación directa de una parcela a la Compañía Telefónica Nacional de España para la instalación del Servicio automático telefónico en un plazo determinado que, de incumplirse, comportaría la reversión al Municipio. Reconoce la Sentencia la existencia de una condición que trasciende al acto en sí siendo una causa legitimadora que por los altos fines perseguidos justifica el no empleo de la subasta. Es significativo que el servicio no puede ser prestado más que por la compañía adquirente de los terrenos en cuestión.

c) En la Sentencia de 18 de octubre de 1990 se rechaza un convenio urbanístico para la permuta de terrenos porque no fue precedido de ningún expediente tendente a acreditar la necesidad de la permuta ni la equivalencia de valores. Ausencia que no se subsana por la mera alegación de que la permuta estaba justificada por el destino “construcción de un centro escolar” ya que dicha ocupación no acredita por sí misma la inexcusabilidad de la enajenación de la parcela propiedad del Municipio.

d) En la Sentencia de 5 de marzo de 1997 se anula una compraventa de una finca de una Diputación provincial por el Instituto Andaluz de Reforma Agraria que había formulado

previamente una oferta de compra que fue aceptada. Se sienta que al tratarse de una enajenación era obligación la celebración de la subasta por lo que al no haberlo hecho así determinó la no conformidad a derecho del acto administrativo cuestionado.

#### **D) Enajenación de bienes. Permuta de bienes del Ayuntamiento por cosa futura**

En la STS de 26 de abril de 2005, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 3802, se plantea la equivalencia de valores de los bienes objeto de permuta: un bien municipal y un edificio que debe construirse. Como no fue objeto de impugnación el contrato y no se previó en el mismo contraprestación económica alguna, aun cuando no existiera igualdad de condiciones, el Tribunal rechaza la petición de una compensación en dinero.

En concreto, en ella se dice que se debe estar a lo pactado en el contrato, de manera que sólo cabe hablar de dinero o equivalente en la permuta cuando así se haya convenido por las partes. A falta de ello, no cabe hacer aplicación de las normas que regulan el precio en la compraventa prevista en el Código Civil y que son aplicables por la remisión contenida en la regulación de la permuta, para exigir el pago de una contraprestación en dinero que no se ha establecido en el contrato, sin que pueda exigirse tal cantidad sin cuestionar el propio contrato, en el que se indican con claridad las prestaciones de las partes, cuya distinta valoración no impide su perfección.

Por otra parte, con esa falta de compensación no se está produciendo la infracción del principio de prohibición del enriquecimiento injusto de la Administración, por el desequilibrio en las prestaciones que produce un aumento del patrimonio del enriquecido, en este caso el Ayuntamiento que recibe un edificio cuyo coste de ejecución es muy superior a la contraprestación con el consiguiente empobrecimiento de la recurrente. Afirmación que se justifica en que la situación planteada por la recurrente responde al cumplimiento de las obligaciones o contraprestaciones objeto del contrato de permuta, sin que la cantidad reclamada se deba a prestaciones que por no formar parte de las pactadas y otras circunstancias que alteren los términos del contrato suponga un desequilibrio de las condiciones pactadas, causando un enriquecimiento injusto para una de las partes en perjuicio de la otra.

#### **E) Utilización de los bienes destinados a un uso público. El Ayuntamiento es competente para regular el uso del vuelo y del subsuelo del dominio público**

En la STS de 24 de mayo de 2005, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4413, se plantea el alcance de las competencias municipales para aprobar una ordenanza relativa a la instalación de antenas de telefonía móvil. Por lo que respecta a la materia objeto de esta sección del comentario jurisprudencial y al margen de otras consideraciones contenidas en la citada Sentencia, debe indicarse que el Tribunal considera competente al Ayuntamiento para regular el uso del vuelo y del subsuelo del dominio público, en la medida en que sea utilizado por las citadas antenas.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

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

### **F) Utilización de los bienes patrimoniales. Ocupación del bien mediante expropiación forzosa o mediante acuerdo con el Ayuntamiento. Impugnabilidad de los actos preparatorios en el caso de acuerdo**

En la STS de 16 de marzo de 2004, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 3672 de 2005, se plantea el supuesto de la necesidad de ocupar un bien patrimonial para hacer efectiva una explotación minera. Explotación que se rige por la Ley de Minas de 1973. Ante la necesidad de proceder a esa ocupación se plantea la posibilidad que tiene el titular de la explotación minera de obtener esa ocupación mediante el procedimiento expropiatorio o por acuerdo con el Ayuntamiento.

En concreto, en la Sentencia citada se dice que la definitiva aceptación de un contrato de ocupación ajustado al pliego municipal no es la única vía que tiene la parte demandante para ejercitar los derechos de explotación minera que le hayan sido reconocidos. Si juzga que las condiciones así establecidas por el Ayuntamiento para contratar la ocupación de los terrenos le son injustificadamente gravosas, siempre podrá, como reconoce con acierto la sentencia recurrida, promover la expropiación forzosa que permite la legislación de minas.

En todo caso ese contrato se limitará a la ocupación del terreno y no puede tener por objeto el recurso minero, puesto que la Ley de Minas atribuye las minas a la nación. En este sentido, en la citada Sentencia se dice que la lectura del pliego litigioso pone de manifiesto que su objeto es la contratación de la ocupación de los terrenos, así como que las condiciones son referidas a esa ocupación y no a los recursos mineros.

En el supuesto de que el Ayuntamiento opte por el contrato pueden incluirse diversas cláusulas. Cláusulas que se incluyen en el pliego de condiciones, siendo este último susceptible de impugnarse ante los tribunales contencioso-administrativos, como acto administrativo separable previo al contrato que es. Precisamente, en la Sentencia comentada se considera válida la cláusula por la que se exige estar al corriente en las liquidaciones derivadas de un contrato de ocupación anterior por estar amparada por la libertad que corresponde al Ayuntamiento para definir y establecer, en la actuación administrativa preparatoria, las condiciones que habrán de cumplirse para poder acceder al nuevo contrato de ocupación. Exigencia que, por otra parte, no impide acudir a la jurisdicción civil a discutir el importe de la deuda pretendida por el Municipio.

### **G) Potestades administrativas. Recuperación de oficio de la posesión de los bienes de dominio público. Requisitos para hacerla efectiva**

En la STS de 13 de enero de 2004, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2828 de 2005, se pronuncia sobre las condiciones para ejercitar la recuperación de oficio de los bienes de dominio público, citando jurisprudencia anterior. En particular, se afirma que la doctrina de la Sala de instancia está de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Sala, Sentencias de 20 de febrero de 2001, 11 de junio de 2001, 22 de octubre de 2002 y 25 de febrero de 2003 y con las normas que rigen la materia, ya que las Corporaciones locales si bien es cierto que pueden recuperar de oficio los bienes de dominio público, para ello han de iniciar el oportuno expediente en el que traten de acreditar, al menos indiciariamente, la posesión del bienes del dominio público y la perturbación de un tercero, y por ello no es suficiente, como en el caso de autos valora la Sentencia recurrida, que el Ayuntamiento exija directamente la reparación del camino, sin constar acreditado, en la forma indiciaria exigida, que el bien era de dominio público y que estaba acreditada la posesión pública del mismo, sin que sea suficiente a estos efectos la mera declaración o estimación del Ayuntamiento sobre los extremos referidos, pues es preciso que los acredite y aporte los datos en que apoya esa declaración o estimación, máxime cuando en el caso de autos existe prueba contradictoria respecto a la condición de camino público y de uso demanial.

### **3. AGUAS CONTINENTALES**

#### **A) Abastecimiento a poblaciones: necesidad de dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente para el rescate de la concesión; adjudicación de concurso improcedente**

En la STS de 29 de diciembre de 2003, Ar. 3340 de 2005, se recuerda que conforme al artículo 22.12 de la LOCE (precepto de carácter básico), cuando se formule oposición por parte del concesionario al hilo de la extinción de una concesión administrativa, dicho expediente requerirá dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente. De ahí que deba anularse la resolución de una Mancomunidad municipal por incumplir ese trámite procedimental obligatorio cuando puso fin en 1993 a la relación contractual que mantenía con la empresa Prosein, SA, concesionaria del servicio público de suministro de agua. A ello hay que sumar la necesidad de que se indemnice a dicha entidad mercantil por los perjuicios causados por la incorrecta actuación administrativa: rescate sin seguir el procedimiento adecuado.

Conforme al artículo 89.2 de la LCAP de 1995 (posterior artículo 88.2 del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio) en la adjudicación de un concurso, la Administración tiene alternativamente la facultad de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa, mediante la aplicación de criterios objetivos, sin atender necesariamente al valor económico de ésta, o declarar desierto el concurso, motivando en todo caso su resolución con referencia a los criterios que figuren en el pliego. La STS de 16 de febrero de 2005, Ar. 2513,

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

interpreta este precepto para resolver el caso controvertido, llegando a la conclusión de que como el pliego de condiciones que se utilizó por la Corporación Local hacía referencia a que se tuviesen en cuenta las condiciones económicas, y habiéndose estudiado por un perito al hilo del proceso contencioso recaído en primera instancia qué oferta de los dos concursantes era la más ventajosa a nivel económico, debe confirmarse la Sentencia del TSJ de Valencia que ya anuló la adjudicación efectuada a Seragua, SA, pues resultó probado que la propuesta de Aguas de Valencia, SA presentaba mayores ventajas. Ello no significa que se obstaculice la discrecionalidad con que debe contar la Administración, ya que tanto en materia de contratación como de actuación administrativa existe la posibilidad de control jurisdiccional (FJ 2º).

### **B) Aguas privadas: denegación de la inscripción en el Catálogo improcedente**

La STS de 31 de marzo de 2004, Ar. 2272 de 2005, confirma la Sentencia del TSJ de Extremadura impugnada que entendió que la inscripción en el Catálogo de aguas privadas de 3 pozos instada por un particular no debió denegarse por la CH del Guadiana, ya que si bien dicha denegación se había basado en un informe que especificaba que los regadíos que trataban de inscribirse no habían sido captados por el satélite, sin embargo en el expediente administrativo no llega a constar ninguna prueba documental de dichas imágenes. Es decir, que habiéndose acreditado la existencia de los pozos y de los regadíos a través de diversos documentos (títulos de propiedad y otros certificados administrativos) como exigía el artículo 195 del RDPH de 1986 (en su redacción original), no cabe la denegación de la inscripción, no pudiéndose aducir tampoco por parte de la Administración del Estado (ahora recurrente en casación) la extemporaneidad de la solicitud, pues la instancia se presentó a tiempo (1988), siendo la Administración hidráulica la única causante de la demora con una resolución que data de 1995.

### **C) Regadíos: concesión amparada por la Ley 52/1980 (acueducto Tajo-Segura); interpretación de las Ordenanzas de riego de una Comunidad General**

Según la Disposición Adicional Sexta de la Ley 52/1980, de 16 de octubre, de regulación del régimen económico de la explotación del Acueducto Tajo-Segura, no resultan trasvasables los recursos subterráneos existentes en la provincia de Albacete, pudiendo utilizarse para el aprovechamiento de estos recursos dentro de dicha provincia la infraestructura del acueducto (téngase en cuenta que la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, añade un párrafo adicional a dicha Disposición). Precisamente la STS de 22 de marzo de 2004, Ar. 3295 de 2005, analiza la conformidad a derecho o no de la Orden del MOPT de 1993 que otorgaba una concesión a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha con destino a la mejora de la dotación de la zona regable de los Llanos de Albacete. No puede prosperar el recurso de casación interpuesto por el Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura, conforme al cual sostiene que se requería Ley para llevar a cabo esa actuación pues se trataba con ello de un trasvase entre dos cuencas. Como argumenta el TS, no se trata de un trasvase, sino que simplemente estamos ante una concesión permitida por la Disposición Adicional Sexta de la Ley 52/1980, cuyo otorgamiento además no ha incumplido ningún trámite, pues en este supuesto no era preciso que concurriera el trámite de competencia de proyectos, pues no podía haber otro usuario de esas aguas que el ya mencionado.

Fuera de ello, la **STS de 22 de febrero de 2005**, Ar. 3351, anula la STSJ de Murcia impugnada por el Abogado del Estado y considera válido el Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Comunidad General denominada “Comunidad de Regantes de la Huerta de Lorca” adoptado en 1996, que señalaba que el precio del metro cúbico de agua consumido por el Heredamiento de Sutullena debe ser el mismo que para el resto de Heredamientos. El TS recuerda que en virtud del artículo 76.4.b) de la Lag. de 1985 [posterior artículo 84.4.b) del TR de Lag. de 2001], entre las atribuciones de la Junta de Gobierno está la de aprobar las disposiciones convenientes para la mejor distribución de las aguas, respetando los derechos adquiridos y las costumbres locales. A diferencia de la interpretación que de las Ordenanzas de riego aplicables se efectúa por el Tribunal de primera instancia, a juicio del TS, el Acuerdo controvertido sí respetó las normas consuetudinarias allí contenidas, pues sólo cuentan con un derecho histórico al riego gratuito los Heredamientos de Real, Altritar, Serrata y Alcalá, pero el privilegio que otorgan las Ordenanzas a este último no es extensible al de Sutullena, a pesar de su proximidad.

#### 4. AGUAS MARÍTIMAS

##### A) Deslinde

##### a) El objeto del deslinde es declarar demanio marítimo-terrestre lo que, por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo, lo es

Como se ha hecho constar en muchos comentarios previos realizados en esta revista, la potestad de deslinde pretende determinar los límites del dominio público costero, incluyendo dentro de la categoría todo aquello que, por naturaleza y, consiguientemente, por reconocimiento legislativo, tiene tal carácter. Se tratará así, en caso de dudas al respecto, de examinar los bienes afectados, para precisar si sus características físicas coinciden con las condiciones exigidas a aquél.

A este análisis se ha procedido en una pluralidad de Sentencias que son objeto de la presente crónica, detectando la existencia de características demaniales en los bienes en litigio en los supuestos resueltos por las **SSTS de 10 de marzo de 2004**, Ar. 2475 de 2005, FFJJ 2º y 4º [se trata de una playa, de acuerdo con el artículo 3.1.b) de la Ley de Costas] y **15 de marzo de 2005**, Ar. 3366 [los bienes en este caso forman parte de la zona marítimo-terrestre, artículo 3.1.a) de la misma norma].

Por el contrario, en los asuntos enjuiciados por las **SSTS de 22 de enero, 4 y 5 de febrero de 2004**, Ar. 3489, 2870 y 2871 de 2005, los exámenes practicados a los bienes y a las pruebas aportadas por las partes evidencian, respectivamente, que las aceras circundantes de una propiedad privada no están afectadas al servicio de “las obras e instalaciones de iluminación de costas y señalización marítima construidas por el Estado, cualquiera que sea su localización (artículo 4.10 de la Ley de Costas)” ; que unos terrenos urbanizados

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

—no por el hecho mismo de la urbanización que, es ya conocido, no constituye razón suficiente para excluirlos del demanio si presentan tal naturaleza— no resultarían en ningún caso bañados por las olas, las mareas o invadidos por el mar [artículos 3.1.a) y 4.3 de la misma Ley]; y que un restaurante sito en una antigua casa-lonja no constituye una instalación portuaria (artículo 4.11 de idéntico texto). Por ello, el deslinde que incluía todos esos bienes en el demanio costero resulta improcedente.

### **b) El ejercicio de la potestad de deslinde carece de límites cuantitativos y temporales, sin que una actuación posterior suponga vulneración de previos actos propios**

Habida cuenta que la finalidad del deslinde es constatar que unos determinados bienes reúnen las características propias del dominio público marítimo-terrestre, y ello en cualquier momento en que se entienda preciso, es corolario lógico afirmar la consecuente inexistencia de cortapisas temporales o cuantitativas en lo que respecta a su realización. De hecho, así lo reconoce la **STS de 23 de marzo de 2005**, Ar. 3377, en la que el Tribunal, ante la alegación por los recurrentes de la exclusión de sus bienes del demanio costero por un deslinde previo, reivindica expresamente la atemporalidad del ejercicio de la potestad, que podrá ser actuada cuantas veces fuera necesario. Textualmente: “no cabe argüir, para impedir el deslinde, la existencia de otro practicado anteriormente (...) que dejó fuera del demanio el suelo sobre el que se asientan los bienes de los recurrentes si, como en este caso sucede, se ha demostrado que el mismo reúne las características para ser incluido según los artículos 3, 4 y 5 de la vigente Ley de Costas”. En análogos términos se manifiestan las **SSTS de 5 y 9 de marzo de 2004**, Ar. 2620 y 2625 de 2005, FFJJ 4º y 2º.

A mayor abundamiento, este ejercicio posterior de la potestad de deslinde, en sentido contradictorio con uno previo, no debe considerarse en ningún caso como vulnerador del principio de prohibición de ir contra los propios actos que rige la actuación administrativa. Por idéntica razón a la que acaba de señalarse en el párrafo anterior: porque la práctica de la misma pretende integrar en el demanio los bienes que detentan tal naturaleza en todo tiempo, completando actuaciones previas incompletas o inexactas. Así lo recuerda la **STS de 10 de marzo de 2004**, Ar. 2477 de 2005.

### **c) Efectos del deslinde: actualmente declara la posesión y la titularidad dominical de los bienes considerados demaniales, sin que prevalezcan inscripciones registrales en contrario**

En la anterior normativa costera, los asientos registrales se consideraban una limitación a la eficacia jurídica del deslinde administrativo, de tal forma que no podían ser eludidos por las declaraciones de propiedad que derivan de aquél. En estos casos, todo lo más que podía acometer la Administración para hacer suyos los terrenos incluidos en la zona marítimo-terrestre era el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes (reivindicatoria o declarativa del dominio). No ocurre así, sin embargo, en la vigente legislación en la materia, conforme a la cual (artículo 13 de la Ley de Costas) el ejercicio de la potestad de deslinde tiene como consecuencia destacada la de declarar la posesión y la titularidad dominical pública de los bienes considerados demaniales, con independencia de eventuales inscripciones registrales que declaren su propiedad privada.

El supuesto enjuiciado por la **STS de 23 de febrero 2005**, Ar. 3782, hace referencia a unos terrenos declarados de dominio público en virtud de un procedimiento de deslinde celebrado bajo la vigencia del ordenamiento anterior, que siguen inscritos en el Registro de la Propiedad como de titularidad privada. Estos dos hechos impulsan al demandante a cuestionar la denegación de una licencia para realizar obras sobre los mismos fundamentada en su carácter demanial, so pretexto de su permanencia bajo la esfera de propiedad particular. A esta intención y a estas razones responde el Tribunal en sentido desestimatorio, arguyendo como razones justificativas (y determinantes, por ende, de la desestimación del recurso) la prohibición constitucional de enclaves privados en el litoral –transmutándose las propiedades privadas en derechos concesionales sobre el demanio costero– y la concurrencia en los terrenos de las características físicas propias de los bienes integrantes del demanio costero.

#### **d) Procedimiento de deslinde**

**a') El tenor originario de la Ley 30/1992 no establecía plazo para su resolución, impidiendo también su caducidad automática**

Aunque en la actualidad los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992 han sido objeto de una profunda reforma por parte de la Ley 4/1999, de 13 de enero, en el sentido de simplificar el régimen jurídico del silencio administrativo, al asunto valorado por la **STS de 31 de marzo de 2004**, Ar. 3153 de 2005, le resultaban todavía de aplicación sus tenores originales. Conforme a éstos, el plazo de tres meses para concluir los procedimientos mediante resolución expresa sólo operaba en relación con los iniciados a instancia de parte, quedando los impulsados de oficio al margen de tal limitación, y cupiendo sólo declaración de caducidad de estos últimos en los casos en que no fuesen susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos. Son estas dos razones las que determinan que la pretensión de los recurrentes en orden a declarar caducado un deslinde del demanio costero inconcluso en el plazo señalado sea desestimada, al argumentar el Tribunal que, por un lado, no se trata de un procedimiento iniciado a instancia de parte –lo que imposibilita la aplicación del primero de los preceptos citados– y que, por otro, es susceptible al tiempo de producir actos favorables tanto para terceros como para el mismo interés general –impidiendo declaraciones de caducidad automáticas–.

**b') No existe prevalencia entre las pruebas aportadas, debiendo atenderse las que permitan apreciar claramente la realidad existente**

Como señalan los FFJJ 3º y 4º de la **STS de 10 de marzo de 2004**, Ar. 2475 de 2005, el hecho de que en el procedimiento de deslinde se aporten informes técnicos no significa que deban ser atendidos con preferencia sobre documentos fotográficos, menos si de éstos se desprende de manera meridiana la indudable naturaleza demanial de los bienes discutidos (playas), negada por los primeros. Y en ningún caso, evidentemente, hay que considerar arbitraria la actuación de la Administración en este sentido indicado. Como tampoco lo es la desatención a informes técnicos compuestos de apreciaciones subjetivas,

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

que no aportan pruebas que desvirtúen la apariencia –y real naturaleza– demanial de los bienes discutidos (STS de 9 de marzo de 2004, Ar. 2625 de 2005, FFJJ 7º y 8º).

### **e) Compete a la jurisdicción contencioso-administrativa el control del deslinde, sin pronunciamientos sobre cuestiones de propiedad**

Corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa la determinación de si un deslinde realizado por la Administración es o no conforme con los criterios expresados por la legislación costera para definir el dominio público, así como declarar si tal poder público ha justificado o no la inclusión de unos terrenos en dichos criterios legales. Su límite, no obstante, se encuentra en las cuestiones sobre propiedad, acerca de las que no podrá decidir por ser competencia de los Tribunales civiles (SSTS de 23 de febrero de 2005, Ar. 3782, FJ 5º y 5 de marzo de 2004, Ar. 2620 de 2005, FJ 6º).

### **B) Utilización del dominio público marítimo-terrestre**

#### **a) El régimen transitorio de la Ley de Costas determina la transformación de la propiedad particular litoral en un derecho temporal de uso y aprovechamiento del demanio**

Anteriormente se ha aludido a la prohibición constitucional de enclaves privados en el litoral, consecuencia de la proclamada demanialidad de los bienes costeros. Precisamente por ella, los titulares de bienes privados en el nuevo demanio ven transmutado su derecho de propiedad en una concesión administrativa sobre los mismos, en los términos indicados al respecto por la Disposición Transitoria Primera de la vigente Ley de Costas. Como tempranamente reconoció el Tribunal Constitucional en su Sentencia 149/1991, de 4 de julio, esta transformación implica una muy singular forma de expropiación cuya compensación constituye un mandato simultáneo a la pérdida de la propiedad, y cuyo quantum de la indemnización viene fijado en la propia Ley. De esta forma, cabe afirmar que la conversión del título que faculta para la ocupación y aprovechamiento del dominio público es, simultáneamente, un acto de privación de derechos y una compensación por tal privación, debiendo mantener la indemnización un equilibrio proporcional entre el valor del bien expropiado y su cuantía. Y es esta idea de equilibrio la que lleva al Tribunal Supremo a declarar, en su STS de 17 de marzo de 2004, Ar. 3247 de 2005, que los afectados por transformaciones como las descritas tienen derecho, en cuanto que parte del contenido concesional, a aprovechar los servicios de temporada existentes sobre los bienes anteriormente de su propiedad, explotados hasta el momento por el Ayuntamiento. No reconocerlo supondría un vaciamiento de la concesión contraria a la letra y al espíritu de las Disposiciones Transitorias de la Ley de Costas.

Cuestión singular relacionada con lo dicho es la regulada en el apartado 2 de aquella Disposición Transitoria Primera, que viene referida a los casos en que aquel derecho concesional es reconocido a particulares con títulos inscritos en el Registro de la Propiedad al amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Esto es, a terceros hipotecarios que hubiesen adquirido a su vez su propiedad de otro titular que también tuviese su bien o

derecho inscrito en el Registro. Pero no a cualquiera de éstos: como pone de relieve la STS de 16 de marzo de 2004, Ar. 3536 de 2005, sólo aquellos que la hubiesen adquirido a título oneroso gozarán del derecho a la transformación, careciendo de él, por ende, los adquirentes a título gratuito, a quienes aquel artículo 34 no añade un plus de amparo por reconocerles, simplemente, la protección registral que tuviera su causante o transferente. Al concurrir precisamente esta circunstancia en los recurrentes de este supuesto concreto, el Tribunal les niega el reconocimiento del derecho al uso y aprovechamiento demanial en virtud de concesión.

Por supuesto, estos títulos concesionales “sustitutivos” están temporalmente limitados, no pudiendo exceder su duración de treinta años. Límite temporal que, con evidencia, también opera en relación con las concesiones existentes a la entrada en vigor de la Ley de Costas (Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Costas), incluso con las que hubiesen sido otorgadas en precario y sin plazo limitado (STS de 27 de enero de 2004, Ar. 3490 de 2005).

**b) El error de calificación de bienes en proyectos de obras sobre el demanio costero no supone vicio determinante de su nulidad**

La STS de 11 de febrero de 2004, Ar. 3018 de 2005, se pronuncia sobre la trascendencia que tiene un error cometido por un proyecto de obras sobre el demanio marítimo al considerar de dominio público bienes de propiedad privada. Y en este sentido, sienta como doctrina su irrelevancia a efectos de una posible nulidad del procedimiento por el que se aprueba dicho proyecto, toda vez que no afecta a la regularidad del trámite de información pública ni impide, por tanto, que los afectados lo examinen y formulen las alegaciones que estimasen oportunas. Con el añadido, por supuesto, de que no obstaculiza que los bienes erróneamente considerados sean adquiridos por vía expropiatoria para cumplir la finalidad prevista en el proyecto, que, en sentido contrario, no viene obligado a modificarse.

**c) Las anteriores concesiones de desecación de marismas no transmutan en títulos de propiedad privada, teniendo carácter temporal y caducando por incumplimiento de sus condiciones**

También en esta ocasión hay que recordar una doctrina ya destacada en previas entregas de esta revista, y reiterada ahora por las SSTS de 4 de febrero y 3 de marzo de 2004, Ar. 3146 y 3246 de 2005, respectivamente. De acuerdo con la misma, las concesiones de saneamiento y aprovechamiento de marismas otorgadas al amparo de la anterior legislación costera no producen como efecto, contra la regla general fijada en la Disposición Transitoria Segunda.2 de la vigente Ley de Costas, la transmutación de los terrenos demaniales sobre los que recaen en bienes privativos. Antes al contrario, siguen tratándose éstas de títulos concesionales a los que, como tales, les resultan de aplicación las previsiones sobre su duración máxima establecidas en la Ley de Costas. Y ello a pesar de que en su momento fuesen otorgadas a perpetuidad. De la misma manera que se trata de concesiones

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

sometidas a condición –normalmente el cultivo agrícola de los terrenos desecados– que, en caso de ser incumplida, determinará la caducidad del título.

### **C) Limitaciones sobre propiedades colindantes: la extensión de la servidumbre de protección no se reduce en el suelo urbanizable programado sin Plan Parcial aprobado a la entrada en vigor de la Ley de Costas**

Nuevamente, como en oportunidades anteriores, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha procedido a interpretar el complejo tenor de la Disposición Transitoria Tercera.2.a) de la vigente Ley de Costas. Y en lo que ya es una línea de argumentación asentada, ha vuelto a insistir en la supeditación de la extensión de la servidumbre de protección que ella misma diseña (100 metros) a la aprobación definitiva por parte de las Administraciones urbanísticas competentes de un Plan Parcial. En caso negativo, como el enjuiciado por la **STS de 26 de enero de 2004**, Ar. 3284 de 2005, la anchura de la misma será la indicada, sin que quepa invocar la aplicación de la Disposición Transitoria Tercera.<sup>3</sup> para lograr una reducción hasta los 20 metros. Ésta, como es sabido, se reserva para zonas de suelo urbanizable programado con Plan Parcial o de suelo urbano, con la intención de reducir la indemnizabilidad de los aprovechamientos urbanísticos atribuidos por el instrumento de planeamiento al suelo posteriormente afectado por la servidumbre. Se trata, en definitiva, de una cuestión económica.

### **D) Pesca marítima**

#### **a) Las subvenciones pesqueras deben devolverse si su beneficiario incumple las condiciones impuestas a las mismas**

Como determina la **STS de 15 de febrero de 2005**, Ar. 2341, el otorgamiento de subvenciones públicas a la actividad pesquera en terceros países exige el cumplimiento por su beneficiario de las condiciones que, al efecto, imponga el ordenamiento jurídico. Entre ellas, destaca su obligación de inscribirse en el Registro Oficial de Empresas Pesqueras, así como la de mantener actualizados los datos allí consignados. La inobservancia de la misma supone, en buena lid, desatender un requisito constitutivo, y no un mero defecto formal, determinando así la baja en aquél y el consiguiente deber de reintegro de la ayuda recibida. Todo ello, en atención al carácter modal que tienen las subvenciones en nuestro ordenamiento, y que determina su revocación ante la desobediencia de sus condiciones y requisitos sin necesidad de acudir a procedimiento sancionador alguno.

#### **b) Quien se ha subrogado legalmente en la posición del solicitante puede percibir las ayudas a la paralización definitiva del buque**

La cesación definitiva de la actividad de un buque pesquero ha sido objeto tradicional de subvención en nuestro ordenamiento que, en sucesivas normas reglamentarias, ha ido fijando tanto esta posibilidad como los requisitos a cumplimentar a estos efectos. Los exigidos por la normativa aplicable al supuesto enjuiciado por la **STS de 15 de abril de 2005**, Ar. 3441, eran observados por la empresa que se subrogó en la posición del solicitante originario con anterioridad a la resolución de la solicitud, generando en él la legítima confianza en una decisión favorable a sus intereses. Más cuando la Administración, al ser

informada de la subrogación, le pronosticó una resolución en este sentido. Por esta razón, la resolución final desestimatoria, sin motivación suficiente, vulnera de manera clara, a juicio de Tribunal, los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, por lo que resulta improcedente.

## 5. CARRETERAS

La primera Sentencia a mencionar en este apartado es la **STS de 10 de marzo de 2004**, Ar. 2592 de 2005, que confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1999, que dio la razón a la Administración frente a la empresa concesionaria de la autopista A-68, que solicitó la refinanciación en moneda extranjera con aval estatal. Como este supuesto fue análogamente enjuiciado en las SSTs de 17 de marzo de 2003, Ar. 3477 y de 23 de febrero de 2004, Ar. 2039, nos remitimos a lo allí expuesto en relación con los argumentos de las Sentencias [véase Crónica XII del número 26, apdo. 5.C)].

Por otra parte, en la **STS de 5 de marzo de 2004**, Ar. 3287 de 2005, se confirma el criterio de la Sentencia de instancia (el TSJ castellano-manchego), que en 1999 desestimó los recursos interpuestos contra resoluciones de la Demarcación de Carreteras en esta Comunidad Autónoma, que denegaban el cambio de uso de zona verde (para construir un aparcamiento) en una estación de servicio situada junto a la carretera Nacional 430, y ordenaba su demolición y excavación hasta el terreno natural.

Esta zona verde se encontraba dentro de la zona de afección de la carretera, de modo que se considera de correcta aplicación aquí el artículo 23 de la LCarr. de 1988 y el artículo 82 del RD 1812/1994, que aprobó el Reglamento de Carreteras, pues la mayor parte de la obra se ha realizado dentro de zona de afección (que es donde se construyó el estacionamiento de vehículos que ahora se ordena demoler).

## 6. MINAS: FOMENTO DE LA MINERÍA

En la **STS de 18 de mayo de 2005**, Ar. 4235, se desestima el recurso presentado por una empresa minera contra un Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se concedían ayudas al funcionamiento y la reducción de la actividad de las empresas mineras del carbón para el año 2002, de acuerdo con lo establecido en el RD 2020/1997, de 26 de diciembre, que regula el régimen de ayudas a la minería del carbón, y con la normativa comunitaria sobre la materia (y, en concreto, varias Decisiones de la Comisión Europea, CECA).

En concreto, la empresa recurrente consideró que la ayuda otorgada por el Gobierno (17 millones de euros) no era suficiente, y reclamó 10 millones más, al considerar que no se cuantificaron correctamente las toneladas contratadas por esta sociedad en los años 2000 y 2001.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Sin embargo, el TS estima conforme a Derecho el Acuerdo impugnado, aunque la cuantía de la subvención calculada de acuerdo con los datos de suministro de carbón del año 2000 debe rectificarse, de acuerdo con el artículo 7 del citado RD 2020/1997 (FJ 10º, *in fine*).

### 7. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO

#### A) Aguas continentales

##### a) Canon de regulación y tarifas del agua previstos en la legislación estatal de aguas: varias cuestiones

El Tribunal estima en **STSJ de Valencia de 13 de diciembre de 2004**, JT 2005, 577, el recurso presentado contra la repercusión del canon de regulación en el caso de autos por una comunidad de regantes. Siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, que había tenido ocasión de pronunciarse sobre liquidaciones similares, considera el TSJ que no se le podía exigir, bien porque en su momento los regantes cumplieron las obligaciones exigibles conforme a la Ley que sirvió de amparo a la construcción de la obra (un embalse), bien porque el régimen fijado en su día para la financiación de las obras (otro) no preveía aportaciones de los regantes destinadas a sufragar los gastos de su construcción.

El TSJ de Madrid, estima en parte el recurso presentado contra diversas liquidaciones giradas en concepto de utilización del agua para el abastecimiento de emergencia a Cáceres. Se trata de la **STSJ de Madrid de 24 de febrero de 2005**, JT 585. Se alegaba sustancialmente que la legislación aplicable a dichas liquidaciones (redacción de la Ley de Aguas hasta 1999) exigía para la exacción de los referidos conceptos que la obra sustrato de los mismos hubiera sido financiada íntegramente por el Estado, lo que –dicen– no concurría en el caso de autos. Existía de todas formas una controversia acerca de si la obra de regulación era o no una obra única. Constatado por el TSJ que se trataba de un conjunto único, y la participación de la Comunidad Autónoma en su financiación, se estima el recurso en lo que se afecta a las liquidaciones devengadas hasta que se modificó aquella exigencia legal. Las posteriores (se trata de un tributo periódico y anual) se mantienen, sin que pueda alegarse frente a ello una aplicación retroactiva intolerable de la norma reformada.

El TSJ estima en **STSJ de Andalucía (Málaga) de 21 de abril de 2005**, JT 790, el recurso planteado en torno a esta figura, habiendo alegado la actora que la norma aprobada por el organismo de cuenca en orden a su exacción y publicada en el último mes del año al que pretendía ser aplicada contenía eficacia retroactiva intolerable. La Sala da la razón a la demanda, sobre la base del artículo 303 del Reglamento de Dominio Hidráulico.

##### b) Canon de vertido previsto en la legislación estatal de aguas

La **STSJ de Aragón de 9 de diciembre de 2004**, JT 2005, 418, estima en parte el recurso planteado contra liquidación de esta figura –año 2000– por el organismo de cuenca. La estimación arranca de que la administración hídrica no parte, para determinar la carga contaminante medida en unidades de contaminación –esencial para la exacción– del vo-

lumen de vertido en metros cúbicos en la anualidad de referencia, referenciándolo en su lugar en el consumo en una anualidad precedente, que resulta muy superior al que, según acredita la parte recurrente, corresponde a dichas anualidades. Asimismo, se constata que la Administración no actualizó a la baja el coeficiente (K) aplicable, a la vista de las actuaciones llevadas a cabo por los usuarios.

### **c) Exacciones por vertidos y saneamiento impuestas por Entidades locales**

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de febrero de 2005, JT 328, desestima el recurso planteado contra la exacción de una tasa municipal de saneamiento de aguas residuales, que pretendía financiar el funcionamiento de la depuradora de titularidad municipal. Se alegaba la incompetencia municipal, lo que no prosperó, a la vista de las competencias municipales en “recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales”. Se alegaba también duplicidad intolerable, al exigirse además una tasa de alcantarillado. Como dice acertadamente la Sala no son un mismo y único servicio. También se alega que el servicio o actividad no supone un beneficio individual para el usuario, lo que es contestado por la Sala en el sentido de que al menos afecta al sujeto pasivo, además de la previsión expresa que realiza el artículo 20.4.r) de la Ley reguladora de las Haciendas Locales. El recurrente completaba su demanda apelando al principio de igualdad y a los principios constitucionales de justicia tributaria, sin que prosperasen sus alegaciones.

En el mismo sentido, cfr. la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de mayo de 2005, JT 701.

## **B) Aguas marítimas**

### **a) 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 STSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2005, JT 2005, 573, en relación con la tarifa T-3. El TSJ, en SSTSJ del País Vasco de 14 de diciembre de 2004, JT 2005, 437 y 7 de febrero de 2005, JT 638, desestima 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 presentación de cuestiones de inconstitucionalidad contra el contenido de la misma.

Por lo que se refiere a exacciones autonómicas, las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de diciembre de 2004, JT 2005, 433, y de las Islas Baleares de 4 de febrero de 2005,

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

JT 323, desestiman los recursos interpuestos contra liquidaciones de tasas regionales por tarifa portuaria G-5 (embarcaciones deportivas y de recreo), por considerar que las leyes autonómicas que las regulaban eran respetuosas con el principio de reserva de ley.

### C) Minas

#### a) Canon de superficie de minas: más sobre la posibilidad de actualizar su importe mediante genéricos aumentos previstos en leyes de presupuestos: los cambios operados por la Ley 25/1998

Ha sido un debate tradicional si el importe de la prestación correspondiente a esta tasa fiscal se actualizaría a través de la previsión genérica de la ley de presupuestos en orden a elevar en un porcentaje representativo del IPC la cuantía exigible el año anterior. El problema se arrastra desde que la Administración cambió su criterio tradicional (mantener idéntica la cuantía en los sucesivos ejercicios) a partir de los años 1995 y 1996, girando liquidaciones que pretendieron actualizar dicho canon, aplicando los coeficientes de actualización en un principio genéricos que se contenían para las tasas en Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Como se ha expuesto en comentarios anteriores, las salas de los Tribunales no presentan unanimidad en sus pronunciamientos. En el número anterior comentábamos resoluciones de la Audiencia Nacional y del TSJ de Castilla-La Mancha.

La primera Sentencia que comentamos es la **STS de 10 de febrero de 2004**, Ar. 2005, 2668, por la que se desestima el recurso de casación en interés de ley interpuesto por la Administración General del Estado contra una sentencia del TSJ de Cataluña que dio la razón a la compañía minera que recurrió las liquidaciones. Aunque la motivación del sentido del fallo arranca de que la doctrina de la sentencia de instancia no puede ser considerada “gravemente dañosa”, a la vista de que durante muchos años no se habían actualizado las cuantías por la Administración exactora, la sentencia contiene algunas apreciaciones interesantes en lo material. Es de destacar cómo, al parecer del Tribunal Supremo, las actualizaciones de los tipos de las tasas efectuadas por las Leyes de Presupuestos no pueden ser entendidas como una mera adaptación de tales tributos a la realidad, ya que el tipo de gravamen es un elemento esencial y configurador del tributo y, por tanto, su actualización ha de conceptuarse como una verdadera modificación del mismo. En ese sentido, necesitaba una ley tributaria sustantiva habilitante que no existió hasta la Ley 25/1998, de 13 de julio, que previó la actualización anual por Ley de Presupuestos de las tasas fiscales, siendo una de ellas el canon minero.

Traemos también dos **sentencias desestimatorias del SSTSJ de Aragón de 11 de noviembre de 2004**, JT 2005, 405, y **10 de diciembre de 2004**, JT 2005, 419. Bien es cierto que las liquidaciones se refieren al ejercicio 2000, con plena vigencia de la antes referida Ley 25/1998. Se plantea además en estos asuntos si se pueden aplicar coeficientes de actualización no incorporados a liquidaciones de ejercicios anteriores que están prescritas. Al entender de la Sala, ello sí es posible, pues la prescripción no determina la imposibilidad

de aplicar actualizaciones previstas en normas aprobadas con anterioridad al plazo legal de prescripción, en cuanto el transcurso del plazo legal lo que hace decaer es el derecho de la administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, pero no afecta a las normas aplicables, sea cual sea la fecha de las mismas.

#### **D) Otro dominio público**

##### **a) Cánones aeroportuarios: problemas derivados de su errónea calificación como precios públicos**

El TSJ en su STSJ de Canarias (Las Palmas) de 23 de julio de 2004, JT 2005, 1371, estima el recurso presentado contra providencia de apremio derivada del impago de cantidades por el concepto señalado *supra*. Se dio la circunstancia de que la empresa no había recurrido las liquidaciones. Considera la Sala que declarada la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los preceptos en que se basó la alegación (según la doctrina del Tribunal Constitucional, no se trata de precios públicos, sino de tasas), y dado que la nulidad de pleno derecho de la liquidación era incluida por la jurisprudencia entre los motivos de oposición a la providencia de apremio, debe estimar el recurso y dejar sin efecto las providencias de apremio recurridas.

##### **b) Tasas por la utilización del dominio público local: varias cuestiones**

El Tribunal Supremo en su STS de 24 de febrero de 2004, Ar. 2005, 2586, desestima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Ayuntamiento de Salamanca. Se perseguía la fijación de doctrina en orden a determinar a partir de qué momento podían exigirse tasas por utilización de dominio público sobre viales cedidos a la Corporación en el marco de actuaciones urbanísticas. Si a partir de la aprobación definitiva del proyecto de compensación o a partir del acto de afectación y apertura al público. En el caso objeto de la sentencia recurrida habían pasado tres años entre una y otra fecha. El Tribunal Supremo considera más acertada la segunda de las tesis.

La STSJ de Madrid de 7 de diciembre de 2004, JT 2005, 389, se refiere una vez más a la controvertida cuestión de la exacción de tasas a las entidades bancarias por la explotación de cajeros automáticos dispuestos con frente directo a la vía pública. Este Tribunal apuesta por esta posibilidad y estima el recurso planteado por el Ayuntamiento frente a la sentencia de instancia contraria a sus intereses.

Finalmente, la STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2004, JT 2005, 512, considera improcedente aplicar la exención prevista en relación con estas tasas para determinados sujetos públicos en el desarrollo de determinados servicios de comunicaciones a la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos. De una interpretación literal de la exención se deduce que ésta sólo puede predicarse del Estado, Comunidades Autónomas o Entidades locales.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

### c) 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 dictadas por el TSJ de Cataluña.

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. La **STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2004**, JT 2005, 180, resuelve la apelación planteada contra la sentencia desestimatoria del juzgado de lo contencioso del recurso planteado por una empresa comercializadora contra liquidaciones por la tasa bajo la regulación anterior a 2003. Se desestima la pretensión principal de la empresa, siguiendo la línea que ya ha sido expuesta en comentarios anteriores. Es cierto que el TSJ estima el recurso en un punto, ya que excluye de la base imponible el peaje satisfecho a la titular de la red (la empresa distribuidora) por la utilización de la misma. En el mismo sentido, las **SSTSJ de Cataluña de 14 de abril de 2005**, JT 688, referida a liquidaciones tributaria, y **de 13 de enero de 2005**, JT 341, desestimatoria del recurso directo presentado contra la Ordenanza Fiscal de un Ayuntamiento.

Las **SSTSJ de Cataluña de 23 de septiembre de 2004**, JT 1423 y **4 de noviembre de 2004**, JT 2005, 2, se refieren a la aplicación de la tasa a empresas explotadoras de servicios de telecomunicaciones con anterioridad a la reforma de finales de 2002. Los recursos se presentan por las empresas, contra las sentencias desestimatorias de instancia. El TSJ, siguiendo su línea doctrinal, dio la razón a las empresas, ya que el servicio se prestaba a un pequeño número de clientes. Se invoca el matiz introducido sólo a partir de la reforma de 2002 en cuanto a tener en cuenta también el interés general para la población respecto de los suministros prestados.

Fuera de la jurisdicción de aquel tribunal, el TSJ resuelve mediante **STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de junio de 2004**, JT 1675, el recurso directo contra la modificación de la Ordenanza Fiscal de un Ayuntamiento 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.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

ELOY COLOM PIAZUELO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

BEATRIZ SETUAÍN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

**XIII. MEDIO AMBIENTE****Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades**

**Europeas.** A) Organismos modificados genéticamente: las novedades científicas y las posibilidades de los Estados de apartarse de las decisiones de la Comisión Europea previa evaluación de los riesgos que para la salud o el medio ambiente presente un producto. La escasa consideración del principio de cautela. B) Residuos: los purines no son residuos sino subproductos en cuanto sirven para abonos. Consiguientemente, no se les aplica la normativa propia de los residuos. Los cadáveres de animales procedentes de explotaciones agrícolas son residuos sometidos a normativa comunitaria. El concepto de “otra legislación” a efectos de residuos. C) Recurso por incumplimiento: el caso de las normas nacionales retroactivas y el momento que debe tomarse en cuenta a los efectos de constatar el respeto por los Estados a las normas comunitarias. D) Condiciones de trasposición de las Directivas. Incumplimiento del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda de sus obligaciones de trasposición de la Directiva 92/43/CEE, hábitats. No es válida una trasposición “general” sin referirse, estrictamente, al contenido de la Directiva. La Directiva hábitats trata de espacios que forman parte del “patrimonio natural de la Comunidad” y por tanto una correcta trasposición de una Directiva por un Estado es del máximo interés del resto de los Estados miembros.

**3. Actividades clasificadas.** A) Tramitación de licencia de actividades para vertedero supramunicipal por el Ayuntamiento en cuyo término municipal radica la mayor parte del mismo. B) Modificación del emplazamiento habitual de los festejos populares. C) La responsabilidad civil por inmisiones, agresión al medio ambiente fundada en el artículo 1908, núms. 2º y 4º, del Código Civil. **4. Evaluación de impacto ambiental.** A) Los proyectos de reglamentos autonómicos relativos a la necesidad de someter a evaluación de impacto ambiental repoblaciones de terrenos deben someterse al informe previo del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico. B) Las líneas aéreas de transporte de energía eléctrica igual o superior a 120 kilovoltios están sujetas a evaluación de impacto ambiental. **5. Espacios Naturales Protegidos.** A) Nulidad del PORN del Parque Natural de Doñana por falta de audiencia previa del Ministerio de Defensa titular de una zona de uso militar ubicada en

el Parque. B) El PRUG del Parque Nacional de los Picos de Europa debe especificar que los terrenos incluidos dentro del Parque tienen la condición de suelo no urbanizable de protección especial. **6. Carreteras: evaluación de impacto ambiental. 7. Minas: evaluación de impacto ambiental. 8. Montes: evaluación de impacto ambiental. 9. Fiscalidad medioambiental.** A) Aguas continentales. a) Cánones de saneamiento. B) Impuestos estatales sobre la energía. a) Impuesto Especial sobre Hidrocarburos: utilización de gasóleo agrícola y admisibilidad de mermas. b) Impuesto Especial sobre la Electricidad. C) Residuos sólidos urbanos. a) Tasas municipales por recogida de basura: problemas relativos a su cuantificación.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida durante los meses de septiembre y octubre de 2005; la del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia núm. 2151 a la 4264 (cuadernillos 10 a 17 de 2005) y la Constitucional desde la Sentencia 140/2005, de 6 de junio, hasta la 239/2005, de 26 de septiembre.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

**A) Organismos modificados genéticamente: las novedades científicas y las posibilidades de los Estados de apartarse de las decisiones de la Comisión Europea previa evaluación de los riesgos que para la salud o el medio ambiente presente un producto. La escasa consideración del principio de cautela**

La STJCE de Primera Instancia (Sala Cuarta) de 5 de octubre de 2005, recaída en los asuntos acumulados T-366/03 y T-235/04, conoce del recurso interpuesto por el Land Oberösterreich y la República de Austria, contra la Comisión Europea, en concreto contra la Decisión 2003/653/CE de la Comisión, de 2 de septiembre de 2003, relativa a las disposiciones nacionales que prohíben el uso de organismos modificados genéticamente en Alta Austria, notificadas por la República de Austria con arreglo al apartado 5 del artículo 95 del Tratado CE.

Debe comenzar por recordarse que el artículo 95.5 CE se refiere a la posibilidad de que un Estado, después de que el Consejo o la Comisión hayan adoptado una medida de armonización, considere necesario establecer nuevas medidas nacionales. Ello sólo puede suceder si, siguiendo dicho precepto, dichas medidas nacionales se basan “en novedades científicas relativas a la protección del medio de trabajo o del medio ambiente y justificadas por un problema específico de dicho Estado miembro surgido con posterioridad a la adopción de la medida de armonización”. En esas circunstancias, el Estado “notificará a la Comisión las disposiciones previstas así como los motivos de su adopción” pudiendo

### XIII. Medio Ambiente

la Comisión aprobar o rechazar la propuesta del Estado después de haber comprobado “si se trata o no de un medio de discriminación arbitraria o de una restricción encubierta del comercio entre Estados miembros y si constituyen o no un obstáculo para el funcionamiento del mercado interior” (del artículo 95.6 CE).

Pues bien, en la materia se encuentra vigente la Directiva 2001/118/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente y por la que se deroga la Directiva 90/220 anteriormente vigente. Los objetivos de la nueva no se separan, sin embargo, de la antigua. El artículo 23, apartado 1º, primer párrafo, de esta Directiva 2001/118/CE indica lo siguiente:

“Cuando, por disponer de información nueva o adicional con posterioridad a la fecha de la autorización que afecte a la evaluación del riesgo para el medio ambiente o de una nueva valoración de la información existente a tenor de los conocimientos científicos nuevos o adicionales, un Estado miembro tenga razones suficientes para considerar que un OMG que sea un producto o un componente de un producto y que haya sido debidamente notificado y autorizado por escrito de conformidad con la presente Directiva, constituye un riesgo para la salud humana o el medio ambiente, podrá restringir o prohibir provisionalmente en su territorio el uso o la venta de dicho OMG que sea un producto o un componente de un producto.”

A los efectos de la operatividad de lo anterior, se dispone una notificación del Estado a la Comisión que es quien definitivamente debe resolver en un plazo de sesenta días (párrafo 3º del mismo precepto). Pues bien, en el caso que se indica, el Land de Alta Austria comenzó la tramitación de un proyecto de Ley que prohíbe la ingeniería genética y la República de Austria lo notificó a la Comisión. El proyecto de Ley, más en concreto, pretendía prohibir el cultivo de semillas y de plantas compuestas de OMG o que contuviesen OMG así como la cría y liberación de animales transgénicos para fines de caza y pesca. La notificación se apoyaba en un informe del que la Sentencia no da cuenta de su autor. Pues bien, la Comisión europea mediante la decisión indicada *supra*, rechazó la pretensión de la República de Austria y frente a ello se interpuso el recurso que resuelve esta Sentencia. En la Sentencia se rechaza la alegación de insuficiente motivación (conforme al artículo 253 CE) de la decisión comunitaria y, en concreto, no se otorga significación al hecho –que para el Land de Alta Austria era importante– de que su medida era esencialmente temporal y sólo tenía por objeto evitar antes del 17 de octubre de 2006 –fecha de caducidad de las autorizaciones anteriores– la comercialización de productos autorizados conforme a la Directiva de 1990 siendo que las autorizaciones de la Directiva de 2001, están configuradas como más rígidas.

Pero, al margen de ello, más importancia tiene la doctrina sentada sobre el cumplimiento de las excepciones que pueden establecer los Estados frente a las medidas armonizadoras comunitarias (ex artículo 95.5 CE). En particular, la Comisión pidió informe a la Agencia Europea de Seguridad Alimentaria (ESFA) sobre el proyecto de Ley del Land austríaco, rechazando la Agencia europea las razones esgrimidas por Austria lo que resultará decisivo para la posición de la Comisión y, como veremos, también para la del Tribunal de Justicia, pues ésta es una cuestión en la que la prueba (y el carácter del órgano que sirve de base para la

misma) es literalmente determinante. En función de todo ello, destacamos las conclusiones de la Sentencia que son las más apropiadas y útiles en torno a la problemática planteada:

a) Haciendo suyas las conclusiones de la Comisión que eran, a su vez, las de la ESFA como hemos indicado, el Tribunal afirma que “las pruebas científicas presentadas no aportan ninguna información científica nueva o específicamente local que se refiera a las incidencias, sobre el medio ambiente o la salud humana, de cultivos o animales modificados genéticamente ya existentes o que pudieran existir en el futuro” y, por otra parte, que “no se ha demostrado científicamente que esa región de Austria tenga ecosistemas excepcionales o únicos que requieran evaluaciones de riesgo distintas a las efectuadas respecto a Austria en su conjunto o a otras regiones similares de Europa” (considerandos 70 y 71 de la Decisión impugnada) (punto 65 de la Sentencia comentada).

b) Por otra parte, y en relación al principio de cautela o de precaución como también puede denominarse, el contenido de la Sentencia es congruente con la escasa operatividad jurídica que tiene en la práctica del derecho comunitario tal principio, por lo que la inexistencia sobre su violación se subsume, en última instancia, en el rechazo de los otros motivos de recurso por parte de la Sentencia (vid. puntos 70-72 de la Sentencia).

**B) Residuos: los purines no son residuos sino subproductos en cuanto sirven para abonos. Consiguientemente, no se les aplica la normativa propia de los residuos. Los cadáveres de animales procedentes de explotaciones agrícolas son residuos sometidos a normativa comunitaria. El concepto de “otra legislación” a efectos de residuos**

La STJCE (Sala Tercera) de 8 de septiembre de 2005, recaída en el asunto C-2121/03, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, tiene la virtualidad fundamental de establecer taxativamente que los purines no son residuos y, por tanto, no están sometidos a la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio, relativa a los residuos, en su versión modificada por la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991. Igualmente se indica que los cadáveres de animales procedentes de explotaciones agrícolas son residuos sometidos a normativa comunitaria, si bien no a la Directiva 75/442 sino a la Directiva 90/667/CEE del Consejo, de 27 de noviembre de 1990, por la que se establecen las normas veterinarias relativas a la eliminación y transformación de desperdicios animales, a su puesta en el mercado y a la protección de los agentes patógenos en los piensos de origen animal o a base de pescado, y por la que se modifica la Directiva 90/425/CEE. Igualmente en la Sentencia se trata de la cuestión del sometimiento a evaluación de impacto ambiental de las granjas para cerdos de determinado tamaño, si bien ésta es una cuestión que tiene menor interés y sobre la que no haremos comentarios. El procedimiento se origina a raíz de una denuncia formulada contra el Reino de España en el año 2000 y en la que se constataba la contaminación del acuífero del Baix Ter, situado en la parte final del río Ter, en la provincia de Gerona, así como de las aguas suministradas a un gran número de municipios del Empordá en la misma provincia. El denunciante afirmaba que dicha situación se debía al gran número de granjas porcinas y al vertido del estiércol sin control ni tratamiento. Tras una serie de trámites habituales en estos casos, la Comisión formuló el recurso por incumplimiento en el que se emite la Sentencia que en este lugar se comenta.

### XIII. Medio Ambiente

De particular interés resulta una nueva interpretación del concepto de “residuos” (cuestión a la que continuamente debe acudir el Tribunal, como muchas veces hemos destacado en los comentarios realizados en esta revista) para excluir que –contra el criterio de la Comisión– los purines lo sean y, por tanto, estén sometidos a la Directiva 75/442/CE. La Comisión sólo aceptaría que no fueran residuos si se utilizaran en la misma finca en la que se producen y como abono. El Tribunal niega, sin embargo, la aplicación del concepto de residuo a este caso. Recordando alguna jurisprudencia anterior, el Tribunal afirma que todo depende de la interpretación del término “desprenderse” que figura en el artículo 1.a) de la Directiva 75/442/CE y constata que existen muchos supuestos en los que en determinados procesos económicos se aboca a un bien o material del que el productor no desea desprenderse, puesto que puede constituir un subproducto “que tiene la intención de explotar o comercializar en circunstancias que le sean ventajosas, en un proceso ulterior sin operación de transformación previa”. Éste es el supuesto del estiércol (purines) producido en granjas porcinas no siendo en modo alguno necesario que se utilice en la misma explotación agrícola (cita para ello el Tribunal su Auto de 15 de enero de 2004, Saetti y Frediani, C-235/2002). Consiguientemente, la normativa comunitaria aplicable al tema de los purines estaría constituida por la Directiva 91/676/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura.

Éste no es el supuesto de los cadáveres de animales procedentes de las mismas explotaciones agrícolas. Éstos no pueden ser utilizados en ningún caso como un producto para otra actividad económica, lo que sucede es que no están sometidos a la Directiva 75/442/CE sino a “otra legislación” tal y como indica el propio artículo 2.1.b) de esta Directiva. El concepto de “otra legislación” tal y como estableció el Tribunal en otra ocasión en la STJCE de 11 de septiembre de 2003, *AvestaPolarit Chrome*, comentada en el número 22, 2204, págs. 243 y siguientes de esta revista –y otra vez frente al criterio de la Comisión que le pide expresamente ahora que rectifique su jurisprudencia anterior– cubre tanto normativa comunitaria como normativa nacional (esta última era, por cierto, la pretensión del Reino de España en el pleito). No es necesario, dice el Tribunal, investigar si existe normativa española aplicable, puesto que sí que existe una comunitaria para este caso constituida por la Directiva 90/667/CEE *supra* mencionada. En otro orden de cosas, se constata el incumplimiento de España del sometimiento a evaluación de impacto ambiental de algunas de las granjas de cerdos considerados.

En la misma línea de esta Sentencia, se manifiesta la **STJCE (Sala Tercera) de 8 de septiembre de 2005, recaída en el asunto C-416/02**, y que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto con arreglo al artículo 226 CE por la Comisión de las Comunidades Europeas, a la que apoyan el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, contra el Reino de España, por una explotación porcina situada en Andalucía. En la Sentencia se trata también del incumplimiento de otras normas comunitarias (afirmará el Tribunal que el río Antas, próximo a la explotación, debía haber sido declarado zona sensible según lo previsto en las Directivas 91/271/CEE y 91/676/CEE) si bien las cuestiones tratadas respecto a esas normas, no tienen una importancia fundamental bastando con insistir en el punto común con la anterior sentencia sobre la no característica de residuos de los purines producidos en las granjas porcinas.

**C) Recurso por incumplimiento: el caso de las normas nacionales retroactivas y el momento que debe tomarse en cuenta a los efectos de constatar el respeto por los Estados a las normas comunitarias**

En este punto vamos a comentar, aunque sólo parcialmente, la STJCE (Sala Tercera) de 22 de septiembre de 2005, recaída en el asunto C-221/03, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de Bélgica y en el que se imputa a éste la falta de cumplimiento de diversas obligaciones incluidas en la Directiva 91/676/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura.

Del contenido de la Sentencia interesa solamente una cuestión muy singular: la Región Flamenca adoptó un Decreto el 31 de marzo de 2000 designando zonas vulnerables, en un momento en el que ya había transcurrido el plazo otorgado por el dictamen motivado de la Comisión de 9 de noviembre de 1999, pero dándole un efecto retroactivo a 1 de enero de 2000, fecha, ésta sí, situada dentro del plazo otorgado. El Tribunal va a quitar, con entera lógica, efectos jurídicos a esta aplicación retroactiva de la siguiente forma:

“Pues bien, so pena de permitir que los Estados miembros eludan el procedimiento por incumplimiento establecido por el artículo 226 CE, no puede admitirse que la adopción por éstos de medidas legales, reglamentarias o administrativas con posterioridad a la fecha de expiración del plazo concedido por la Comisión en el dictamen motivado pueda, por el mero hecho de que la entrada en vigor de tales medidas se fije con efecto retroactivo, constituir una medida de adaptación del ordenamiento jurídico interno que el Tribunal de Justicia deba tener en cuenta para determinar la existencia de un incumplimiento en la aludida fecha.”

**D) Condiciones de trasposición de las Directivas. Incumplimiento del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda de sus obligaciones de trasposición de la Directiva 92/43/CEE, hábitats. No es válida una trasposición “general” sin referirse, estrictamente, al contenido de la Directiva. La Directiva hábitats trata de espacios que forman parte del “patrimonio natural de la Comunidad” y por tanto una correcta trasposición de una Directiva por un Estado es del máximo interés del resto de los Estados miembros**

La STJCE (Sala Segunda) de 20 de octubre de 2005, recaída en el asunto C-6/04, va a declarar el incumplimiento del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de sus obligaciones de trasposición de 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 (Directiva hábitats). Nos encontramos, pues, ante una Sentencia válida en el plano general, no sólo en el de medio ambiente, pero que también cuenta con referencias específicas a la materia medio ambiental, que igualmente vamos a destacar en este comentario.

De la Sentencia se desprende que el Reino Unido había llevado a cabo la trasposición mediante un Reglamento de 1994 sobre la conservación de los hábitats naturales, texto que

### XIII. Medio Ambiente

era aplicable en Inglaterra, el País de Gales y Escocia. Igualmente mediante un Reglamento de 1995 del mismo título aplicable en Irlanda del Norte y por una *Ordinance* (Ley aprobada por el Parlamento de Gibraltar) de 1991 modificada en cuanto a su desarrollo por un Reglamento de 1991. Pues bien, estos textos contenían disposiciones del tenor de que el Secretario de Estado, el Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación y los organismos de protección de la naturaleza deben ejercer las funciones que les asigna la normativa en materia de protección de la naturaleza “con el fin de asegurar el cumplimiento de las exigencias de la Directiva sobre hábitats”. Es decir, en lugar de trasponer ésta, había una remisión global a la necesidad de cumplir la misma a través de unas meras referencias orgánicas. Ante ello y después del procedimiento habitual, la Comisión va a desautorizar el método utilizado por el Reino Unido. Ante todo recuerda que, según su propia jurisprudencia, “la adaptación del Derecho interno a una directiva no exige necesariamente una reproducción formal y textual de su contenido en una disposición legal expresa y específica y, en función de su contenido, puede ser suficiente un contexto jurídico general, siempre que este último garantice efectivamente la plena aplicación de la Directiva de manera suficientemente clara y precisa” (punto 21 de la Sentencia). Para juzgar hay que “determinar en cada caso la naturaleza de la disposición, prevista en una directiva, que sea objeto del recurso de incumplimiento para medir la extensión de la obligación de adaptación del derecho interno que incumbe a los Estados miembros” (punto 22 de la Sentencia). Dicho todo esto, se rechaza el argumento del Reino Unido acerca de que la remisión a la Directiva a través de mandatos orgánicos es la “mejor” forma de trasposición de la misma (punto 23).

Tras lo anterior se contiene un punto 25 que nos parece del máximo interés reproducir aquí, pues es en torno al mismo donde puede establecerse el mayor interés, desde el punto ambiental, de esta Sentencia. Dice así el Tribunal de Justicia:

“En segundo lugar, debe señalarse que de los considerandos cuarto y undécimo de dicha Directiva se deduce que los hábitats y especies amenazados forman parte del patrimonio natural de la Comunidad y que las amenazas que pesan sobre ellos tienen a menudo carácter transfronterizo, de forma que la adopción de medidas de conservación constituye una responsabilidad común de todos los Estados miembros. Por consiguiente, como ha señalado la Abogado General en el punto 11 de sus conclusiones, la exactitud de la adaptación tiene una particular importancia en un caso como el de autos, en el que la gestión del patrimonio común está confiada, para sus respectivos territorios, a los Estados miembros.”

Continuándose el argumento en el punto 26 de la siguiente forma:

“De ello se deduce que, en virtud de la Directiva sobre los hábitats, la cual establece normas complejas y técnicas en el ámbito del Derecho del medio ambiente, los Estados miembros están especialmente obligados a velar por que su legislación, destinada a efectuar la adaptación del ordenamiento jurídico interno a dicha Directiva sea clara y precisa, incluso en lo que atañe a las obligaciones esenciales de vigilancia y control, como las que imponen a las autoridades nacionales los artículos 11, 12, apartado 4 y 14, apartado 2, de dicha Directiva.”

Se concluye en que la generalidad de la trasposición impide considerar ésta correctamente hecha y luego, incluso, se contrastan determinadas normas del derecho inglés con distintos artículos de la Directiva, para demostrar que tampoco se encontraban dentro del derecho inglés, recogidos preceptos claves de tal Directiva.

### 3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

#### A) Tramitación de licencia de actividades para vertedero supramunicipal por el Ayuntamiento en cuyo término municipal radica la mayor parte del mismo

El recurso contencioso-administrativo interpuesto por varias asociaciones de vecinos contra la resolución del Alcalde de Gavá, de fecha 29 de noviembre de 1996, por el que se denegaba la clausura de una parte del vertedero de residuos urbanos del Garraf situada dentro del término municipal de Gavá, va a ser estimado parcialmente en primera instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña, al entender que la licencia del vertedero otorgada por el Ayuntamiento de Begué, en cuyo territorio está ubicado el 69% del mismo, no amparaba la actividad llevada a cabo en los terrenos del término municipal de Gavá, sin que por otra parte exista ninguna otra autorización dictada por el Consistorio de este último término municipal.

Interpuesto recurso de casación contra la mencionada sentencia por diversas entidades afectadas va a ser estimado por el TS en su **STS de 4 de noviembre de 2004**, Ar. 2651 de 2005, por cuanto, del examen del expediente administrativo remitido por el Ayuntamiento de Begué que tramitó la licencia otorgada para la instalación y funcionamiento del vertedero, se desprende (FJ 9º) que la participación del Ayuntamiento de Gavá en la referida tramitación con varios informes favorables, entre otros, sobre la calificación de la actividad y las medidas correctoras, debe considerarse suficiente y adecuada, y que el ámbito territorial de eficacia de la licencia concedida por el Ayuntamiento de Begué debe entenderse que abarcó a ambos municipios. Por lo que, conforme concluirá el TS en el FJ 10º de su sentencia, existiendo licencia de actividad que afecta a ambos municipios y habiendo transcurrido más de 25 años, su anulación no resulta posible sin la existencia de causa de nulidad de pleno derecho, lo que impide la impugnación por causa de anulabilidad, teniendo en cuenta los límites del artículo 106 de la LRJPAC.

#### B) Modificación del emplazamiento habitual de festejos populares

El TS en su **STS de 13 de abril de 2005**, Ar. 3796, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de las Palmas contra la sentencia dictada en primera instancia por la Sala del TSJ de Canarias con sede en Las Palmas, estimatoria del recurso interpuesto por una Comunidad de propietarios contra la resolución del Alcalde relativa a la solicitud de cambio de emplazamiento de las casetas instaladas con motivo de las fiestas de carnaval. Esta estimación se había fundado sobre la base de que el festejo es una actividad susceptible de causar molestias no ligeras a los vecinos y que el Ayuntamiento como Administración Pública debe actuar en defensa de la legalidad vigente y con respeto a la

### XIII. Medio Ambiente

reglamentación sobre actividades molestas, armonizando los intereses de la población en la celebración de los festejos con los intereses legítimos de los vecinos que no pueden ser gravados con las molestias que deben padecer durante tres semanas impidiéndoles la tranquilidad y el descanso, decidiendo la instalación del festejo en otro lugar que no coincida con el que venía siendo tradicional. El criterio del Tribunal Canario será respaldado por el TS quien considera indudable que la tranquilidad es un bien jurídico protegido por el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, ya que la cuestión se refiere a la producción de ruidos que impiden o perturban el descanso.

#### **C) La responsabilidad civil por inmisiones, agresión al medio ambiente fundada en el artículo 1908, núms. 2º y 4º, del Código Civil**

La STS (Sala civil) de 14 de marzo de 2005, Ar. 2236, reiterando en su FJ 2º, la doctrina jurisprudencial que cita —en concreto la sentada por la Sentencia de 7 de abril de 1997, Ar. 3727, que reproduce— sobre la protección del medio ambiente y la responsabilidad civil que deriva de la agresión al mismo, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo estimatoria de la acción ejercitada por una serie de dueños de fincas colindantes contra diversas entidades por los daños causados por los humos y gases expelidos por la fábrica de la entidad recurrente. Y esto porque, aunque cuantitativamente hayan podido respetar los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos, lo cierto es que cualitativamente fueron nocivos y causaron daños a terceras personas totalmente ajenas a la explotación industrial, evidenciando que las medidas fueron insuficientes para evitar los daños a terceros. Incurriendo en la responsabilidad objetiva que deriva del artículo 1908 del Código Civil imputable al empresario titular de la empresa causante de los humos o emanaciones, es decir, al responsable de la agresión al medio ambiente.

#### **4. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL**

#### **A) Los proyectos de reglamentos autonómicos relativos a la necesidad de someter a evaluación de impacto ambiental repoblaciones de terrenos deben someterse al informe previo del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico**

A la conclusión del anterior enunciado llega el TS en su STS de 9 de marzo de 2005, Ar. 2646, confirmando la del TSJ de Cantabria que había estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Decreto 38/1999, de 12 de abril, relativo a la necesidad de someter a evaluación de impacto ambiental determinadas primeras repoblaciones de terrenos, por el que se modificó el Decreto 50/1991, de 29 de abril, de Evaluación de Impacto Ambiental en dicha comunidad, anulando dicha disposición por haberse prescindido en su elaboración de la intervención de la Comisión Permanente del Consejo de Estado.

El Alto Tribunal rechaza la pretensión del Gobierno de Cantabria recurrente de que no era exigible el pronunciamiento del Consejo de Estado por cuanto en esta materia no se trataba de ejecutar la legislación estatal sino de establecer medidas adicionales de protección del medio ambiente al establecer la exención de evaluación de impacto ambiental en las primeras repoblaciones forestales inferiores a 50 hectáreas. Máxime cuando —como dirá el TS— del RD Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto

ambiental, no se desprende que en ningún caso dicha actuación esté exenta de la correspondiente evaluación de impacto ambiental, pues la Nota del Anexo I establece que el “fraccionamiento de proyectos de igual naturaleza y realizados en el mismo espacio físico no impedirá la aplicación de umbrales establecidos en ese anexo, a cuyo efecto se acumularán las magnitudes o dimensiones de cada uno de los proyectos considerados”. Por lo que el margen que queda a las Comunidades Autónomas en este campo impone una consideración general de la normativa estatal y la necesidad de que intervenga el órgano consultivo emitiendo el oportuno dictamen.

### **B) Las líneas aéreas de transporte de energía eléctrica igual o superior a 120 kilovoltios están sujetas a evaluación de impacto ambiental**

El TS ratifica en su STS de 18 de abril de 2005, Ar. 3443, la doctrina sentada en las sentencias de 1 de abril de 2002 (Ar. 9410 y 94509) sobre la necesidad de estudio de impacto ambiental en el procedimiento de autorización de las instalaciones, aplicándola en este caso a la línea aérea de transporte de energía eléctrica Soto de la Ribera-Penagos en las provincias de Asturias y Cantabria de potencia igual o superior a 120 kilovoltios, y cuya autorización había sido presentada el 17 de noviembre de 1997. Sentencias que fueron objeto de comentario en los números 20 y 21 de esta revista.

Como en las ocasiones anteriores, el TS interpreta adecuadamente que la Directiva 85/337/CEE de aplicación en este caso ha de ser interpretada, en cuanto a la exigibilidad de estudio de impacto ambiental para las líneas aéreas de transporte de energía eléctrica de potencia igual o superior a 120 kilovoltios, a la luz de la posterior Directiva 97/11/CE por la eficacia interpretativa de esta última respecto de la anteriormente citada. Lo que lleva a no considerar de aplicación la exclusión en bloque de la evaluación de impacto ambiental a los expedientes iniciados con anterioridad al 14 de marzo de 1999 fecha de transposición de la misma al derecho interno y por tanto de su entrada en vigor, exigiendo el estudio caso por caso para determinar si con arreglo a la legislación nacional el proyecto debe contar, como se resuelve en esta ocasión, con una evaluación de su impacto ambiental.

## **5. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS**

### **A) Nulidad del PORN del Parque Natural de Doñana por falta de audiencia previa del Ministerio de Defensa titular de una zona de uso militar ubicada en el Parque**

La razón del TSJ de Andalucía con sede en Sevilla para anular el Decreto 27/1997, de 7 de enero, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprobatorio del PORN del Parque Natural de Doñana, se fundamenta en la obligación incumplida de dar audiencia previa al Ministerio de Defensa en el procedimiento de elaboración del proyecto de Decreto por ser éste titular de una zona de uso militar ubicada dentro de los límites del Parque.

El TS en su STS de 9 de marzo de 2005, Ar. 2626, ratifica el criterio del TSJ desestimando el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Andalucía con base en

### XIII. Medio Ambiente

el artículo 6 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, en cuanto ordena que en el procedimiento de elaboración de los PORN sean consultados los intereses sociales e institucionales afectados entre los que en este caso se encontraban las instalaciones militares del Ministerio de Defensa al que debió darse audiencia previa en el procedimiento. Sin que una recta interpretación del principio de personalidad única de la Administración del Estado excluya esa puesta en conocimiento por el hecho de que en la Junta Rectora del Parque estuvieran presentes otros representantes de la Administración del Estado. Ya que una recta interpretación de los principios de eficacia y coordinación del artículo 103.1 de la CE exigiría también la puesta en conocimiento de la decisión que descansa en datos, circunstancias y conocimientos que pueden ser, algunos de ellos, de acceso restringido y que sólo pueden ser percibidos y valorados con precisión por quienes tienen a su cargo la responsabilidad de la gestión de la defensa nacional.

#### **B) El PRUG del Parque Nacional de los Picos de Europa debe especificar que los terrenos incluidos dentro del Parque tienen la condición de suelo no urbanizable de protección especial**

Estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Ecologistas en Acción contra el Decreto 384/2002, de 26 de abril, por el que se aprueba el plan rector de uso y gestión del parque nacional de los Picos de Europa, el TS llega a la conclusión en su **STS de 27 de abril de 2005**, Ar. 4208, como no podía ser de otra manera, de que el PRUG, para ser fiel a la literalidad del artículo 4.3 de la Ley 16/1995, de 30 de mayo, de los Picos de Europa, debe incluir en el inciso primero de su apartado 5.4.b) la especificación de que todos los terrenos incluidos en el Parque, a excepción de los núcleos urbanos, quedan clasificados, a todos los efectos, como suelo no urbanizable de protección especial.

### **6. CARRETERAS: EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL**

Sobre esta materia, debemos citar la **STS de 20 de abril de 2005**, Ar. 3600, que confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2002, que consideró conforme a Derecho el expediente de información pública y de estudio informativo de la Autovía del Cantábrico A-8, tramo Tamón-Otur. El recurrente fue una Asociación de Vecinos.

El TS considera que la expresión “opción más recomendable” que utiliza el Reglamento de Carreteras [artículo 25.1.e) del actual de 1994, y 27.2.d) del anterior de 1978], es un concepto jurídico indeterminado, y otorga a la Administración un margen de apreciación a la hora de aprobar los estudios informativos de carreteras, en relación con otras posibles alternativas existentes, que respetarán mejor el valor paisajístico y las zonas rurales afectadas. En cuanto a la Declaración de Impacto Ambiental, ésta fue realizada el 20 de enero de 2000 (BOE de 4 de febrero), y establecía que los proyectos de construcción deberán observar las recomendaciones y medidas preventivas y correctoras en él contenidas. Esta Declaración cumplió con lo establecido en el artículo 7 del RD 1131/1988, de 30 de septiembre, que aprobó el Reglamento para la ejecución del RD Legislativo 1302/1986, de Evaluación de Impacto Ambiental, en relación con lo establecido en el artículo 7.1.c) de la LCarr. de 1988 y el artículo 25.1 de su Reglamento de 1994.

## 7. MINAS: EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

En la STS de 7 de abril de 2005, Ar. 3886, se revoca parcialmente la Sentencia del TSJ de Cantabria de 2002, que dio la razón a una asociación ecologista frente al Gobierno de Cantabria y una empresa de hormigones, que defendían la validez de una resolución que autorizó a esta última la prórroga de la vigencia de la autorización de explotación de una cantera.

El Tribunal de instancia consideró que la autorización quedó extinguida por transcurso del tiempo, por lo que debió instarse una nueva autorización, de acuerdo con el procedimiento establecido en el RD 1778/1994, al no permitir la LMin. una prórroga automática de la autorización.

El TS revoca la Sentencia del TSJ cántabro al considerar que éste ha interpretado incorrectamente los artículos 16 y 17 LMin. y el artículo 28 de su Reglamento de 1978, de modo que en este caso (donde se trata de un recurso de la Sección A de la LMin.) sí que es posible solicitar la prórroga de la autorización. No obstante lo anterior, el TS considera que en este caso no se ha motivado suficientemente la Resolución administrativa impugnada de acuerdo con la legislación medioambiental (concretamente, el artículo 4 del RD Legislativo 1302/1986, de Impacto Ambiental), en relación con lo establecido en el artículo 28.2.e) del Reglamento de Minas de 1978 y, en concreto, que no se ha comprobado si con la prórroga de la autorización se cumplían o no las condiciones necesarias de protección del medio ambiente. Por ello, el TS considera nulas las Resoluciones impugnadas del Gobierno de Cantabria.

## 8. MONTES: EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Sobre esta materia, debemos mencionar la STS de 9 de marzo de 2004, Ar. 2646, 2005, que confirma la decisión del TSJ de Cantabria de 2000, que anuló, a petición de una Junta Vecinal de Montes, la modificación por parte del Gobierno autonómico del Decreto 50/1991, de 29 de abril, sobre evaluación de impacto ambiental (mediante Decreto 38/1999, de 12 de abril, que ahora se impugna).

En concreto, el Decreto impugnado modificó el Apartado 11 del Anexo I y el Apartado 1 del Anexo II del mencionado Decreto de 1991, en relación con la necesidad de someter a Evaluación de Impacto Ambiental determinadas primeras repoblaciones de terrenos. El motivo de la impugnación es que no se solicitó Dictamen al Consejo de Estado —en concreto, a su Comisión Permanente— (artículo 23.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril), al tratarse de una disposición general dictada en ejecución de legislación estatal (el RD Legislativo 1302/1986, sobre impacto ambiental), de modo que en aplicación de una jurisprudencia ya consolidada (a partir de la STC 204/1992, de 26 de diciembre), sí que es preciso en este caso solicitar el mencionado Dictamen. Por tanto, no es admisible alegar, como ha hecho el Gobierno cántabro, que en este caso se estaban aprobando medidas adicionales de protección distintas de las establecidas en la legislación estatal que aquí se estaba ejecutando.

#### 9. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL

##### A) Aguas continentales

###### a) Cánones de saneamiento

La Sala de lo Contencioso-Administrativo analiza en su **STSJ de Cataluña de 14 de abril de 2005**, JT 689, diversas circunstancias que atañen a la comprobación administrativa en el ámbito de los cánones de saneamiento regionales. Se trataba de un caso especialmente controvertido en el que la situación derivada de la comprobación sólo quedó firme hasta que la Administración tributaria obtuvo fallo a su favor por este TSJ, ya que a los sujetos pasivos se les habían estimado sus pretensiones por el Juzgado de lo contencioso-administrativo.

##### B) Impuestos estatales sobre la energía

###### a) Impuesto Especial sobre Hidrocarburos: utilización de gasóleo agrícola y admisibilidad de mermas

En el ámbito de este impuesto son frecuentes las sentencias referidas a los usos a los que se permite la utilización del gasóleo bonificado previsto para determinadas aplicaciones fundamentalmente agrícolas. Así, las **SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de marzo de 2005**, JT 631 y **11 de marzo de 2005**, JT 625, sobre la imposibilidad de utilización para palas cargadoras y, en particular, máquinas de obras destinadas a la carga y descarga de palés. El TSJ en **STSJ de Aragón de 12 de julio de 2004**, JT 2005, 474, considera que sí es posible la utilización de dicho combustible en pala cargadora en labores de carga de piedras en una finca agrícola, considerando la actividad como agrícola con independencia del destino final de las piedras.

La **STS de 18 de febrero de 2004**, Ar. 2005, 3839, casa y anula otra de la Audiencia Nacional de 9 de julio de 1998, declarando la conformidad a derecho de los actos procedentes de la Administración tributaria que habían sido originariamente impugnados. Se refería la sentencia al tratamiento de las mermas que pudieran minorar la base imponible en relación con el transporte de productos objeto del impuesto entre depósitos fiscales e industrias sometidas a intervención permanente. Aunque sean admisibles las mermas naturales –dice el Alto Tribunal– no existe una presunción legal a favor del sujeto pasivo, por lo que debía haber instado ante la Administración competente el señalamiento de su porcentaje para que la reducción fuera procedente.

###### b) Impuesto Especial sobre la Electricidad

Las **SSTSJ de Canarias (Las Palmas) de 22 de febrero de 2005**, JT 543 y **18 de marzo de 2005**, JT 659, desestiman los recursos planteados contra la Administración tributaria por compañías dedicadas a la producción de energía eólica. La cuestión de derecho se contraía a la determinación del concepto de “fábrica” en relación al objeto de este impuesto, así como a la eventual aplicación del régimen suspensivo de devengo del impuesto.

La STSJ del País Vasco de 31 de enero de 2005, JT 598, analiza la posible aplicación al caso de autos de las exenciones en el ámbito de la fabricación de energía eléctrica en instalaciones acogidas al régimen especial aplicable a centrales de cogeneración. La exención no pudo ser aplicada en el caso objeto del litigio, ya que no se había inscrito el sujeto pasivo en el Registro de Producción Eléctrica, y este requisito tiene carácter constitutivo. La falta de inscripción no es imputable a la Administración tributaria, sino a la demora en la solicitud por el interesado.

### **C) Residuos sólidos urbanos**

#### **a) Tasas municipales por recogida de basura: problemas relativos a su cuantificación**

La STSJ de Cataluña de 16 de marzo de 2005, JT 695, desestima el recurso directo contra Ordenanza Fiscal municipal relativa a la tasa por recogida basuras. Alegaba la recurrente, gestora de un puerto deportivo, la desproporción de la cuantía aplicada a los amarres en puertos deportivos, tanto respecto de otros sujetos pasivos como de lo que se les exigía en otras jurisdicciones. El TSJ señala que el principio de capacidad económica puede servir para orientar la cuantía de las tasas, de modo que aunque el coste singular y concreto de la prestación del servicio sea igual para diversos contribuyentes, la tasa liquidada a cada uno de ellos puede ser distinta, precisamente en función de su diferente capacidad económica. Considera por lo demás intrascendente la alegación efectuada en función de las tarifas de otras Ordenanzas.

La STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2005, JT 510, desestima el recurso de apelación interpuesto por el sujeto pasivo contra la sentencia de instancia. Alegaba el recurrente, entre otros argumentos, que el importe de la tasa excedía del coste real o previsible del servicio; que es jurídicamente imposible tomar como exclusiva referencia para el establecimiento de las tasas la superficie de los locales; y, en general, que se vulneraban los principios constitucionales de justicia tributaria. Se rechaza que el importe de la tasa excediera del coste del servicio, habiéndose demostrado que la recaudación global de la tasa era muy inferior al coste del servicio. La Sala considera, de otra parte, que el criterio de superficie es uno más de los posibles para configurar la tasa, pero que no puede, *per se*, tacharse de improcedente. Al tratarse simplemente de la basura que procede por la limpieza habitual de los locales, y no de la generada por el proceso industrial, la superficie del local es un criterio válido de apreciar la capacidad económica del sujeto pasivo, más aun cuando de dicha superficie se excluyen los espacios que no son en sentido estricto generadores de suciedad habitual y, además, se ponderan las tarifas en sentido degresivo.

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 preliminar. 2. Actividad económica y actividad social. 3. Ayudas.**

A) Denegación procedente. B) Denegación improcedente. **4. Estaciones de servicio.**

**Liquidación de descuento a mayoristas. 5. Energía eléctrica.** A) Distribución de energía eléctrica. Expropiación irregular de línea eléctrica. B) Distribución de energía eléctrica. Retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica. **6. Farmacias.**

**7. Industria y comercio.** A) Distinción entre “normas técnicas” y “reglamentaciones técnicas”. Inexistencia de una reserva material de “norma técnica”. B) Prácticas restrictivas de la competencia: abuso de posición dominante. **8. Pesca marítima.**

A) Reintegro de subvenciones. Carácter modal de las subvenciones. B) Denegación de subvenciones. Principios de confianza legítima y seguridad jurídica. **9. Seguros**

**privados. 10. Telecomunicaciones.** A) Medios de comunicación social. Televisión local por cable. Concesión. B) Medios de comunicación social. Televisión local por cable. Concesión. **11. Transportes.** A) Autotaxi. a) Incompatibilidad de titulares de licencia de taxi. B) Transporte marítimo internacional. Denegación de línea regular de transporte marítimo de pasaje y carga. Examen de posible infracción del Derecho Comunitario y planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

En el presente número se incluye el examen de las sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas entre la STC 173/2005, de 23 de junio, hasta la 273/2005, de 27 de octubre, así como las sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los cuadernos Aranzadi 10 a 17 de 2005.

**2. ACTIVIDAD ECONÓMICA Y ACTIVIDAD SOCIAL**

En la STC 212/2005, de 21 de julio, se resuelve el conflicto positivo de competencia interpuesto por el Consell Executiu de la Generalitat de Catalunya contra la Orden del Ministerio de Educación y Cultura, de 1 de julio de 1996, por la que se convocan ayudas de educación especial para el curso escolar 1996-1997. Es ponente el Magistrado Manuel Aragón Reyes.

El contenido de esta sentencia puede dividirse en dos grandes partes. En la primera de ellas, el TC delimita el alcance del conflicto, y precisa, de entre los títulos competenciales alegados por los litigantes, el que es de aplicación para la materia “ayudas de educación especial”. La segunda parte de la sentencia comprende el estudio del articulado de la Orden impugnada, y destaca porque en ella el TC establece paralelismos entre el otorgamiento de subvenciones a determinadas actividades económicas, y la concesión de becas o ayudas en el seno de una actividad social como es la educativa, a los efectos de territorializar la gestión de las ayudas.

En la primera parte de la sentencia, el TC se remite a la STC 188/2001, de 20 de septiembre, y concluye que la legislación orgánica relativa al derecho a la educación tiene como instrumento esencial el sistema de becas, “para hacer realidad el modelo de ‘Estado social y democrático de derecho’, que nuestra Constitución impone (artículo 1.1), determinando en consecuencia que los poderes públicos aseguren que la igualdad de los individuos sea real y efectiva (artículo 9.2 CE). De este modo se garantizan también la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) que suponen la base de nuestro sistema de derechos fundamentales” (FJ 4º). De esta conclusión, el TC deduce que las ayudas impugnadas se conectan con mayor intensidad con la materia educativa, en la medida que apoyan el acceso a la educación especial de quienes requieren la misma para cursar con normalidad los distintos niveles educativos y, por lo tanto, debe aplicarse la regla competencial del artículo 149.1.30 CE.

En la segunda parte de la sentencia, el TC se remite, nuevamente, a la STC 188/2001, de 20 de septiembre, y aplica los fundamentos de la STC 13/1992, de 6 de febrero, que recopiló la jurisprudencia constitucional sobre subvenciones públicas. En consecuencia, el TC considera:

- a) La Orden impugnada cumple con el requisito formal de lo básico, porque si bien la misma no explicita ese carácter básico, éste se desprende de modo inequívoco de su contenido, y tiene la cobertura de la legislación orgánica reguladora de la enseñanza.
- b) La competencia del Estado para dictar normas de desarrollo del artículo 27 CE incluye consignar subvenciones de fomento en sus Presupuestos generales, especificar su destino y regular las condiciones esenciales de otorgamiento, que pueden alcanzar hasta donde sea imprescindible para garantizar el cumplimiento por los poderes públicos de sus deberes en esta materia (artículo 149.1.30 CE), y resulte necesario para garantizar una política educativa homogénea. Los preceptos de la Orden que regulan estos aspectos son constitucionales (objeto de las ayudas, requisitos para su acceso, líneas de ayuda y sus cuantías, y elementos de valoración y selección relevantes para el otorgamiento).
- c) En la materia de enseñanza, la Generalitat de Catalunya tiene la competencia normativa sobre la tramitación administrativa de las ayudas, y para gestionar dicha tramitación. Así pues, los preceptos de la Orden que regulan la gestión de las ayudas y que atribuyen funciones de tramitación a órganos estatales vulneran la competencia autonómica en esta materia. El TC recuerda que el principio de eficacia no puede imponer una gestión cen-

tralizada de las ayudas e insiste en la necesidad de encontrar mecanismos de cooperación. Añade que así se ha previsto en la Ley Orgánica 10/2002, de calidad de la educación.

Guillermo Jiménez Sánchez y Vicente Conde formulan sendos votos particulares. Al segundo de ellos se adhieren Roberto García-Calvo, y Jorge Rodríguez-Zapata. Coinciden en señalar que es errónea la equiparación de las becas o ayudas para el estudio a otras subvenciones financieras encuadrables en el campo de las clásicas medidas de fomento de actividades de índole o naturaleza patrimonial, como las otorgables a explotaciones agrarias, instalaciones industriales u organizaciones comerciales, o incluso para favorecer el establecimiento o la mejora de Centros docentes. Añaden que debía aplicarse el título competencial del artículo 149.1.1 CE, puesto que la Orden persigue garantizar el derecho fundamental a la educación de los escolares, como beneficiarios últimos de las becas.

### 3. AYUDAS

#### A) Denegación procedente

La STS de 10 de marzo de 2004, Ar. 2591 de 2005, de acuerdo con la doctrina del propio Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 24 de febrero de 2004, Ar. 1892, y 1 de marzo de 2004, Ar. 928, confirma la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Gijón frente a la denegación por el Ministerio de Industria y Energía de la subvención solicitada dentro del proyecto “Plan de contratación en prácticas”. Los argumentos de la recurrente inciden de nuevo en las cuestiones ya resueltas por las sentencias antes citadas. Por un lado se alega que la subvención debió otorgarse mediante concurso y, por otro, que la denegación vulneraba el principio de igualdad. El Tribunal Supremo reitera que según la normativa aplicable (Ley General Presupuestaria, RD 2225/1993, y Orden de 19 de mayo de 1997) el órgano convocante tenía la opción para decidir si la concesión debía efectuarse o no en régimen de concurrencia competitiva.

Por lo que se refiere al principio de igualdad, no se demuestra que exista un trato desigual, ya que la empresa que se cita como elemento de comparación no está en idéntica situación a la entidad recurrente.

También confirma la procedencia de la denegación de una subvención la STS de 15 de marzo de 2004, Ar. 2674 de 2005. Si bien esta sentencia está referida a un supuesto de hecho distinto, la sentencia desestima el recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Nacional, que había confirmado la denegación de la subvención acordada por el Ministerio de Industria y Energía, en base a un idéntico razonamiento a la sentencia antes comentada. En este caso la ayuda solicitada tenía como objeto realizar una actuación denominada “Urbanización Polígono Industrial”, en el marco de las ayudas para la reindustrialización.

#### B) Denegación improcedente

1. La STS de 15 de marzo de 2004, Ar. 2675 de 2005, confirma la sentencia de la Audiencia Nacional que estimó parcialmente el recurso interpuesto frente a la denegación de

una solicitud de subvención de Incentivos Económicos Regionales. La primera cuestión objeto de discusión es si la solicitud de ayuda cumplía o no las condiciones exigidas en la norma reguladora para poder optar a una subvención, teniendo en cuenta que dicha norma estableció que el objetivo de las ayudas era impulsar el potencial desarrollo endógeno de Galicia. Para el Abogado del Estado no podía otorgarse la ayuda a una empresa cuyo capital social no era de origen gallego. En este sentido afirma que “no se trata de que terceras empresas, radicadas en territorios ya desarrollados expandan su actividad, invadiendo territorios deprimidos, aprovechándose de los beneficios estipulados para el desarrollo de esos territorios, sino de que sean las propias empresas, industrias y actividades locales y autóctonas directa o indirectamente, las que emerjan, se realcen, capaciten o impulsen, de manera que se produzca, auténticamente, despliegue y desarrollo de la zona, y no sólo en la zona”. Acto seguido se razona, que la empresa, no es una “empresa gallega o galaica”, al pertenecer la mayoría de su capital al Grupo Asturiano MASEVEU; para concluir que con la subvención no se conseguiría el desarrollo endógeno de Galicia, sino el desarrollo de un empresa asturiana en Galicia. El Tribunal Supremo rechaza este argumento, y entre otras razones, aduce que “el concepto endógeno debe entenderse entonces desde una perspectiva objetiva, y por lo tanto referido a que el proyecto industrial debe dirigirse a fomentar las materias y potencias que la Comunidad de Galicia posee”.

Una vez fijado este criterio, el Tribunal Supremo añade que procede confirmar la nulidad del acto impugnado ya que si bien la administración poseía un amplio margen de discrecionalidad para otorgar o denegar la ayuda, el acto denegatorio vulneró el principio de igualdad.

Basa su juicio el Tribunal Supremo en el hecho de que en un caso idéntico (creación de una nueva industria para la elaboración de mortero seco) la Administración había concedido la ayuda. Por último, el Tribunal se extiende en justificar que la corrección del criterio denegatorio que adoptó la Administración no supone una injerencia en las facultades discrecionales de la Administración, ya que, señala el Tribunal, “La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha ejercido la potestad jurisdiccional de control de la actuación administrativa en base a la aplicación de principios generales del derecho, conforme a los parámetros constitucionales que refieren los artículos 9, 24, 103, 106 y 117 de la Constitución, sin que haya invadido el ámbito de la potestad discrecional que corresponde a la Administración, al no fundamentarse la sentencia en criterios subjetivos sino en el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa y de conceptos jurídicos indeterminados”.

2. La **STS de 15 de marzo de 2004**, Ar. 2676 de 2005, confirma también la sentencia de la Audiencia Nacional que estimó el recurso frente a la denegación de una ayuda sobre Incentivos Económicos Regionales de Andalucía.

Se plantea también en este conflicto jurisdiccional la adecuación o no de la actividad que pretende ser subvencionada a los requisitos establecidos en la norma que regula las subvenciones. En concreto, la norma reguladora estableció que serían sectores promocio-

## XIV. Derecho Administrativo Económico

nables “la modernización de la oferta hostelera existente que suponga una mejora importante de la calidad de las instalaciones complementarias de ocio de especial interés en las zonas de alta densidad turística. Establecimientos de alojamiento hotelero o de turismo rural, campamentos de turismo e instalaciones complementarias de ocio de especial interés, en otras zonas y, en general, otras ofertas turísticas especializadas de relevancia para el desarrollo de la zona”. La Administración denegó la ayuda al estimar que la actividad de Hotel-Apartamento no podía ser incluida en los supuestos previstos en la norma. El Tribunal Supremo rechaza este criterio restrictivo, y niega que al corregir la decisión administrativa se incurra en exceso de ejercicio de jurisdicción por invadir la esfera de la discrecionalidad técnica que corresponde a la Administración. El Tribunal Supremo confirma la sentencia impugnada y señala que “es cierto que esta Sala ha dicho reiteradamente que el mero cumplimiento por los peticionarios de los requisitos legales no significa que se tenga derecho a la subvención, ya que, ante la limitación de medios económicos destinados a estos fines, la Administración tendrá que valorar las diferentes propuestas presentadas, dando preferencia a aquellas que de una forma más clara cumplan los objetivos previstos en las normas reguladoras de la subvención y rechazar aquellas otras que puedan no adaptarse por diversas circunstancias a cubrir esos objetivos, sin que el hecho de que determinados informes se muestren favorables a la solicitud, implique sin más que sea concedida la subvención, pues en esa valoración la Administración cuenta con una discrecionalidad que sólo puede ser revisada jurisdiccionalmente en casos de arbitrariedad o manifiesto error.

Pero como ya hemos dicho, la *ratio decidendi* de la sentencia es la de que en el caso de autos no se trataba de una cuestión técnica, sino jurídica (‘si aun tratándose de un hotel-apartamento, esa razón no impide que la actividad se encuadre en el Real Decreto 652/1988’), y a partir de los hechos que considera probados y de la aplicación sistemática del ordenamiento jurídico –Real Decreto 1634/1983, de 15 de junio–, llega a la conclusión de que la actividad de que se trataba era de las promocionables. Lícitamente la Sala de Instancia al examinar las alegaciones formuladas tanto en la demanda como en la contestación del recurso contencioso y el expediente administrativo, podía entender –porque, además, ésa era la única razón que constaba en la Resolución– que el único obstáculo puesto por la Administración era el de la no inclusión en el subsector promocionable y que eliminado ese obstáculo consideraba suficientes los demás presupuestos”.

### 4. ESTACIONES DE SERVICIO. LIQUIDACIÓN DE DESCUENTO A MAYORISTAS

La STS de 16 de marzo de 2005, Ar. 2244, desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 18 de noviembre de 1996, que, por su parte, había desestimado el recurso interpuesto por la entidad “Lucas Parra, SL” contra una Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 5 de octubre de 1987, por la que se desestima la pretensión de incluir el valor del envase de aceite en el descuento a los agentes mayoristas de aceites (del 16% del valor del producto). El Tribunal Supremo confirma los razonamientos de la Audiencia Nacional que, a su vez, había seguido la línea marcada por la STS de 17 de julio de 1987 (RJ 1987\5766). En breve, dichos razonamientos son los siguientes. El artículo 6.1 de la Orden Ministerial de 22 de julio de 1963 establece que “el precio de los aceites se formará por adición de las

partidas correspondientes al producto, envase e impuestos legalmente exigible”. El artículo 6.2, por otro lado, dispone que “en ningún caso podrá cobrarse al público más que el precio fijado oficialmente para el total del producto”. Y el artículo 10, por último, determina que la estación de servicio “abonará en concepto de descuento a los agentes mayoristas de aceites el 16% de venta del producto al público con deducción del impuesto”. De tales preceptos se concluye que el concepto de “producto” es utilizado por la norma en dos acepciones. La primera, cuando se refiere a su totalidad, incluyendo el envase. La segunda, cuando realiza una estricta referencia al mismo, como es el caso del artículo 10, en el que se contraponen el concepto de “producto” al de envase e impuesto, en los términos previstos en el artículo 6.1. De lo que se llega a la conclusión de que, en el descuento del 16% previsto en el citado artículo 10, no puede incluirse el valor del envase, por no integrar el concepto estricto de “producto” empleado por la norma de aplicación.

## 5. ENERGÍA ELÉCTRICA

### A) Distribución de energía eléctrica. Expropiación irregular de línea eléctrica

La STS de 23 de marzo de 2005, Ar. 2611, desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de fecha 24 de abril de 2002. Esta última sentencia estimó el recurso interpuesto por la entidad “Telefónica Servicios Móviles, SA” y declaró la nulidad de la Orden Foral 120/2000, de 10 de agosto, de la Consejería de Industria, Comercio, Turismo y Trabajo, por la que se regulaban las instalaciones eléctricas en alta tensión para el suministro a consumidores diseminados en medio rural.

La Orden impugnada se dictó como consecuencia de la falta de acuerdo entre la compañía “Telefónica Servicios Móviles, SA”, propietaria de una línea aérea de electricidad y un centro de transformación que presta servicio a una estación de telefonía móvil, y la compañía “Airtel Móvil, SA”, que pretendía servirse de la misma línea para alimentar la instalación de otra torre de telefonía en el mismo lugar. La Comisión Nacional de la Energía emitió un exhaustivo informe en el que analizaba esta cuestión, contemplando diversas posibilidades de actuación. En primer lugar, se prevé la posibilidad de acuerdos voluntarios entre los sujetos implicados, estableciendo ellos mismos las compensaciones procedentes, que deberán ser abonadas por quien pretende usar la línea eléctrica al otro sujeto propietario de ella. En defecto de esta hipótesis de acuerdo, se ha de estar a la expropiación forzosa, resultando que ya el artículo 52 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, prevé la declaración de utilidad pública de todas las instalaciones de generación, transporte y distribución de energía eléctrica.

La sentencia de instancia estimó que la Orden impugnada supone una auténtica expropiación, privación de una línea de propiedad particular, ante la falta de acuerdo entre el propietario actual de dicha línea y quien pretende tener acceso a ella. En este sentido, la citada Orden priva de la línea de suministro existente a su propietario, autorizando a crear una nueva conexión, siendo el destino de la primera ser suprimida, con la única indemnización a su propietario de la devolución de los materiales previamente existentes.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

En conclusión, “se produce una privación singular de una línea de propiedad privada sin que exista una justa indemnización y al margen del procedimiento expropiatorio. Se produce, de esta manera, una ablación de derechos integrantes del patrimonio de su titular, con vulneración de lo establecido en el artículo 33 de la Constitución Española, y con claro olvido de las garantías previstas en la Ley de Expropiación Forzosa, entre otras, el derecho a obtener el pertinente justiprecio por la privación del derecho” (FJ 2º, reproducido en el FJ 1º de la Sentencia del Tribunal Supremo).

En su recurso de casación, la Comunidad Foral de Navarra se basa en un único motivo: la indebida aplicación del artículo 33 de la Constitución, puesto que la Orden se ha dictado al amparo de lo establecido en el artículo 23 del Reglamento de Acometidas Eléctricas, aprobado por Real Decreto 2949/1982, de 15 de octubre. Este precepto prevé que las instalaciones de extensión quedarán de propiedad de las empresas eléctricas, y que éstas podrán, para salvaguardar los intereses de los abonados, que hayan participado económicamente en instalaciones de cierta importancia, establecer convenios que condicionen la utilización de dichas instalaciones por futuros usuarios. Motivo de casación que es rechazado por el Tribunal Supremo, confirmando la sentencia recurrida. De este modo, afirma que “pese a las argumentaciones de la Comunidad Foral, la Orden (...) no puede ser considerada en puridad como un desarrollo de la previsión del artículo 23 del Reglamento sobre Acometidas Eléctricas”, añadiendo, en segundo lugar, que “tampoco es cierto que la Orden se acoja a una de las soluciones propuestas por la Comisión Nacional de Energía para la situación de falta de acuerdo entre las partes implicadas” (FJ 3º).

### **B) Distribución de energía eléctrica. Retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica**

La STS de 21 de abril de 2005, Ar. 3476, desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad “Endesa” contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2002. En esta sentencia, la Audiencia desestimó el recurso contencioso-administrativo que aquella misma entidad interpuso contra una Orden del Ministerio de Industria y Energía, de 14 de junio de 1999, por la que se establecía la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica.

El recurso de casación se basa en tres motivos. El primero de ellos es la infracción del artículo 24 de la Constitución por la sentencia impugnada. A juicio de la parte recurrente, al fundamentar el fallo desestimatorio del recurso en un informe de la Comisión Nacional de la Energía, se otorgó una prevalencia a la postura procesal de la Administración contraria al principio de igualdad de partes, colocando a la recurrente en una situación de indefensión. Razonamiento que no es compartido por el Tribunal Supremo, al afirmar que “el hecho de que un tribunal dé prevalencia a un informe de la Administración frente al de la otra parte no coloca, por sí solo, en indefensión a ésta: los dictámenes se valoran según su contenido intrínseco y la autoridad científica o técnica de quien los elabora, sea cual sea su procedencia” (FJ 3º).

En segundo lugar, se denuncia la infracción del artículo 2.3 del Código Civil y de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico y, con ello, se vulnera

el principio de irretroactividad de las normas. Motivo que tampoco es estimado por el Tribunal Supremo, quien recuerda, en primer lugar, que “el principio de irretroactividad no tiene el alcance absoluto que la recurrente parece darle. Concretamente, el artículo 2.3 del Código Civil admite la posibilidad de que las normas tengan efecto retroactivo cuando así lo dispusieren (...) y la proscripción que contiene el artículo 9.3 de la Constitución es mucho más matizada”. Y añade que, en todo caso, “el problema de la retroactividad in peius hubiera requerido demostrar –y no sólo afirmar– los perjuicios directamente derivados (para la recurrente) de la nueva regulación que la Orden fija respecto del ejercicio anterior a su publicación” (FJ 4°).

El último motivo de casación es la supuesta infracción del artículo 16.3 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, y del artículo 15 del Real Decreto 2819/1998, de 23 de diciembre. Según sostiene la parte recurrente, la información remitida por la Comisión Nacional de la Energía, en cumplimiento de la diligencia para mejor proveer y que sirvió de base al tribunal de instancia para fundamentar su fallo, no acredita ni argumenta el respeto y la consideración de los criterios retributivos establecidos legalmente en la Orden Ministerial de 14 de junio de 1999. Responde el Tribunal Supremo, desestimando también este motivo, que “los preceptos, legal y reglamentario, que la recurrente considera vulnerados no contienen sino un elenco de factores (o criterios, en la dicción legal) que han de ser tenidos en cuenta al fijar la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica. (...) Ni uno ni otro precepto disponen pormenorizadamente cómo han de aplicarse en cada caso aquellos criterios, ni cuál ha de ser su importancia relativa en el conjunto final ni en qué términos han de ser ponderados”, concluyendo que “no puede afirmarse que la Orden recurrida haya dejado de incluir aquellos criterios” (FJ 5°).

## 6. FARMACIAS

La **STC 242/2005, de 10 de octubre**, si bien tiene como objeto central de análisis la doctrina constitucional sobre el derecho a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE), contiene también consideraciones importantes sobre el régimen jurídico de las farmacias. Dado el interés de dicha sentencia, comentamos en esta sección su contenido.

Si bien la recurrente en amparo alegaba, además, la vulneración de sus derechos a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), es el análisis del principio de legalidad en el ámbito sancionador lo que centra la mayor parte de esta sentencia, y en ella destaca, no tanto el estudio de la garantía formal y material del citado principio, en la medida que el TC se remite a su consolidada doctrina, sino el hecho que el TC tenga en cuenta las características específicas que rigen en el sector de las oficinas de farmacia, para matizar esa doctrina. De acuerdo con los antecedentes de hecho descritos en la sentencia, las resoluciones sancionadoras, impugnadas por la recurrente, consideraron acreditado que la oficina de farmacia en cuestión no realizó el servicio de urgencia nocturno que le correspondía los días 6 de diciembre de 1995 y 1 de enero de 1996, lo que suponía la comisión de una infracción leve tipificada en el artículo 35.1.a) de la Ley General de Sanidad (LGS) y en el artículo 108.2.a) núm. 15 de la Ley del Medicamento

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

(LM). En efecto, este último precepto tipifica como infracción leve: “el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta Ley y disposiciones que la desarrollan que, en razón de los criterios utilizados en este artículo, merezcan la calificación de leves o no proceda su calificación como faltas graves o muy graves”.

Por su parte, el artículo 88.1.d) LM establece que “las oficinas de farmacia vienen obligadas a dispensar los medicamentos que se le demanden tanto por los particulares como por el Sistema Nacional de Salud en las condiciones reglamentariamente establecidas”. Este régimen se completaba con la Orden de 1 de diciembre de 1989, de regulación de los servicios de urgencia de las oficinas de farmacia en la Comunidad Valenciana, y con la Orden de 7 de febrero de 1995, sobre horarios, turnos de guardia, servicios de urgencia y vacaciones de las oficinas de farmacia de la Comunidad Valenciana. Para el TC, este cuerpo normativo es suficiente para sancionar a la recurrente, puesto que, “en relación con la técnica de tipificación por remisión usada en [el artículo 108.2.a), núm. 15 LM], la misma no resulta contraria a las exigencias de reserva de ley cuando la remisión, incluso haciéndose de manera genérica sin especificar las concretas obligaciones y con la finalidad de conformar cláusulas residuales, aparece referida al incumplimiento de obligaciones establecidas en otro precepto con rango de ley”.

El TC, que cita las SSTC 341/1993 y 60/2000, entiende que el artículo 88.1.d) LM, antes reseñado, fija la obligada prestación del servicio farmacéutico. Este precepto no especifica que el deber de prestación del servicio farmacéutico a particulares aparece también referido al servicio de urgencia, y no determina cuál es el horario al que se extiende el turno de guardia para dar cumplimiento a dicho servicio. Pero ello para el TC no merece ningún reproche desde la perspectiva de la garantía formal del derecho a la legalidad sancionadora, porque el artículo 88.1.d) LM, cuyo incumplimiento se sanciona, determina los elementos esenciales de la obligación, es decir:

- a) el deber de las oficinas de farmacia de dispensar los medicamentos que se le demanden, entre otros, por los particulares;
- b) la mención expresa a que la obligación de dispensación lo sea en “en las condiciones reglamentariamente establecidas”, lo que implica, obviamente según el TC, una explícita remisión a la colaboración reglamentaria, y
- c) las Órdenes de 1989 y 1995, antes citadas, se limitan a regular aspectos concretos del régimen relativo a la prestación del servicio público de farmacia, que ha de ser garantizado por las Administraciones sanitarias con competencias en materia de ordenación farmacéutica.

El TC también considera que el cuerpo normativo mencionado es respetuoso con las exigencias derivadas del principio de taxatividad, en lo relativo a que incumplir la prestación del servicio de urgencia estaba calificado como infracción, y en cuanto a la determinación de los límites horarios del turno de guardia nocturno. Los destinatarios de la norma tenían la posibilidad de conocer de antemano este régimen, en especial porque son los únicos sujetos activos posibles de esta infracción.

A continuación, el TC examina si se ha vulnerado el artículo 25.1 CE desde la perspectiva de la interpretación y subsunción realizada en las resoluciones impugnadas, puesto que la recurrente señala que la obligación, por cuyo incumplimiento fue sancionada, sólo afectaba a las farmacias ubicadas en centros hospitalarios de carácter público u oficial, lo que no era su caso. El TC, como hace con el resto del recurso de amparo, desestima esta alegación, porque del conjunto de normas que ha examinado es claro que todas las oficinas de farmacia tenían que cumplir con esa obligación.

Debe destacarse que, en esta sentencia, el TC impone a los titulares de las oficinas de farmacia el deber de conocer el régimen jurídico en el que prestan su servicio, aunque en su mayor parte se encuentre regulado en normas de carácter infralegal. Ello tiene una notable importancia, puesto que en gran parte de los servicios públicos la situación es idéntica, esto es, hay una pluralidad de normas infralegales y reglamentaciones varias que ordenan la prestación del servicio público, en lo que se refiere a horarios, períodos de vacaciones, o bien turnos de guardia. De la STC 242/2005, de 10 de octubre, parece desprenderse que es suficiente, a efectos del régimen sancionador, que la norma legal prevea los elementos esenciales de la conducta antijurídica, y que la posterior remisión a la colaboración reglamentaria se indique expresamente. Si a ello se añade que los destinatarios de este conjunto normativo están acotados por su relación con el servicio público (prestadores del servicio, usuarios del mismo, etc.), tendremos un cuerpo normativo respetuoso con las exigencias del derecho a la legalidad sancionadora. Esta situación contrasta con la que proclamó el TC en sus Sentencias 132/2001, de 8 de junio (asunto licencias de auto-taxi), y 26/2005, de 14 de febrero, y 54/2005, de 14 de marzo (asuntos expendedoría de tabacos). Se podrá indicar que en aquellos casos la predeterminación sancionadora era mucho más general que la existente en la STC 242/2005, que se acaba de exponer. Sin perjuicio de ello, tan sólo se pretende poner de manifiesto que hay determinados servicios que, por las características en las que son prestados, requieren un régimen sancionador propio y adecuado a tales características, y que en esta ocasión el TC lo ha admitido para las oficinas de farmacia.

## 7. INDUSTRIA Y COMERCIO

### A) Distinción entre “normas técnicas” y “reglamentaciones técnicas”. Inexistencia de una reserva material de “norma técnica”

La STS de 9 de marzo de 2005, Ar. 2381, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) contra el Real Decreto 1083/2001, de 5 de octubre, por el que se aprueba la norma de calidad para el jamón ibérico, paleta ibérica y caña de lomo ibérico elaborado en España.

La primera cuestión, de carácter formal, que resuelve la sentencia es la discusión acerca de la falta de legitimación activa de la entidad recurrente. El Tribunal Supremo, tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional y la suya propia en esta materia, determinada por la actual exigencia legal de invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o

## XIV. Derecho Administrativo Económico

interés legítimo (no ya “interés directo”), afirma la legitimación de AENOR. Partiendo de la calificación del Real Decreto impugnado como “norma técnica”, la parte recurrente “invoca su condición de organismo de normalización, con competencia para la aprobación de dichas normas técnicas (...), con lo que se evidencia un interés legítimo en la defensa de sus competencias en la materia, que entiende perjudicadas por la actuación objeto de recurso, interés suficiente para justificar su posición procesal de recurrente y quedar válidamente constituida la relación procesal” (FJ 1º).

La cuestión de fondo planteada en el proceso consiste en determinar si el Real Decreto impugnado responde al concepto de “norma técnica”, de las incluidas en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria. El Tribunal Supremo ofrece, en el caso examinado, la misma respuesta que se contiene en su Sentencia de 18 de mayo de 2004 (RJ 2004\3918), dictada como consecuencia de un recurso también interpuesto por AENOR contra el Real Decreto 144/2003, de 7 de febrero, por el que se modificó el Real Decreto 1083/2001, de 5 de octubre, que es objeto del presente recurso. En el aspecto normativo, que es el objeto de la controversia, dentro de la denominada “normalización” se distinguen dos tipos de normas. El primero es la “norma” o “norma técnica” que se caracteriza porque su elaboración “no corresponde a la Administración, lo que es lógico dado su origen convencional, sino a un organismo de carácter privado, creado mediante acuerdo de los agentes económicos de un determinado sector (...) cuya aplicación, al no ser obligatoria, se hace derivar de acuerdos entre particulares”, es decir, “es al integrarse en los contratos privados como cobran fuerza vinculante”. El segundo tipo de norma, en cambio, son los “reglamentos técnicos”, que suponen “el ejercicio de la potestad reglamentaria, que debe cumplir las normas procedimentales de elaboración de las disposiciones generales” y, por supuesto, tienen carácter vinculante (FJ 2º). De estos razonamientos resulta que son perfectamente diferenciables “normas técnicas” y “reglamentaciones técnicas”, pero de la regulación contenida en la citada Ley de Industria “no resulta un ámbito material legalmente reservado a las normas técnicas, en el sentido de que necesariamente haya de excluirse de la posibilidad de una regulación obligatoria en reglamentaciones técnicas” (FJ 3º).

Aplicando estas consideraciones al caso enjuiciado, el Tribunal Supremo concluye que “la determinación de la naturaleza de la disposición resultará de su origen, contenido y efectos, y es claro que, en este caso, el Real Decreto 1083/2001 impugnado responde al ejercicio de la potestad reglamentaria reconocida al Gobierno en el artículo 97 de la Constitución, en materia de competencia estatal con el carácter de normativa básica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.13ª y 16ª”. Circunstancia que pone de manifiesto “que la disposición impugnada no puede calificarse como una norma técnica, como pretende la parte recurrente, presupuesto en el que apoya y fundamenta la alegación de infracción de las competencias propias de los organismos de normalización” (FJ 3º).

### **B) Prácticas restrictivas de la competencia: abuso de posición dominante**

La STS de 23 de marzo de 2005, Ar. 2613, estima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de

fecha 8 de mayo de 2002. Esta sentencia, a su vez, había estimado parcialmente el recurso interpuesto por la entidad “Telefónica, SA” contra una Resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de enero de 1999. La sanción se impone por la posición de dominio en que incurre la entidad denunciada, traducida en la colocación de la denunciante en situación desventajosa, dado que, respecto del servicio de alquiler de circuitos, le aplicaba las tarifas oficiales, mientras que ofertaba a los miembros de la Asociación de Mediadores del Mercado Monetario Internacional (AMMI) condiciones económicas más ventajosas.

En su sentencia, el tribunal de instancia confirmó la existencia de las infracciones sancionadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia, si bien anuló la multa impuesta a fin de que fuera sustituida por otra “sin consideración a la reiteración como criterio [agravador]” (FJ 1º). Criterio que no comparte el Tribunal Supremo. Según razona, en efecto, “la argumentación del tribunal sentenciador para excluir, en este caso, el efecto agravante de la reiteración de conductas infractoras previas tiene, junto a elementos sólidos, otros más débiles y alguno paradójico” (FJ 5º). Acudiendo a su jurisprudencia, se reiteran algunos de los fundamentos contenidos en la STS de 24 de octubre de 2000 (RJ 2000\9375): “Por ello parece preferible la interpretación de que, para que pueda aplicarse la circunstancia de reincidencia para una calificación más grave de la conducta sancionable o para la agravación de la sanción prevista en la norma sancionadora, sólo será necesaria la firmeza en vía jurisdiccional del acto sancionador previo cuando explícitamente sea exigida por la norma, pero no cuando se exija genéricamente la firmeza de la resolución administrativa, como ocurre en el supuesto del artículo 131.3.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (...). En estos supuestos bastará, por ende, la firmeza en vía administrativa de la resolución sancionatoria, determinante de la ejecutividad del acto decisorio” (FJ 6º).

Aplicando estos razonamientos al caso enjuiciado, el Tribunal Supremo concluye: “Si éste es el criterio aplicable en la interpretación de un precepto como el artículo 131.3.c) de la Ley 30/1992, que exige de modo expreso la previa firmeza de las resoluciones sancionadoras como requisito necesario para que se aprecie la reincidencia, con tanto más motivo ha de servir para la interpretación de otro precepto del mismo rango legal [el artículo 10.2.f) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia] que se limita a calificar como elemento agravante de la conducta infractora la mera reiteración en las conductas prohibidas, sin mayores precisiones” (FJ 7º).

## 8. PESCA MARÍTIMA

### A) Reintegro de subvenciones. Carácter modal de las subvenciones

La Resolución de la Secretaría General de Pesca, de 25 de junio de 2001, dio de baja en el Registro Oficial de Empresas Pesqueras en Países Terceros a la empresa mixta “Ssfico II” y ordenó el reintegro de una subvención que había percibido con motivo de la constitución de una sociedad mixta en Sudán. Contra esta Resolución se interpone recurso

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

contencioso-administrativo, que es desestimado por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de abril de 2002. Contra esta sentencia, posteriormente, se interpone recurso de casación, que es también desestimado por la STS de 15 de febrero de 2005, Ar. 2341.

El Tribunal Supremo confirma los razonamientos de la Audiencia Nacional que, a su vez, daban la razón a la Secretaría General de Pesca. De entrada, se afirma que la baja en el Registro oficial de Empresas Pesqueras en Países Terceros se produce por el incumplimiento de requisitos y obligaciones establecidos en el Real Decreto 601/1999, en concreto, en sus artículos 6 y 7: las obligaciones de actualización de la información y de suministro de información a la Administración, que pesan sobre las empresas inscritas en el mencionado Registro. En segundo lugar, y según resulta de lo establecido en el artículo 65 del Real Decreto 798/1995, es obligatoria la inscripción en dicho Registro para poder recibir las ayudas. Por tanto, la consecuencia de no estar dado de alta es el reintegro de la subvención concedida, “porque si la finalidad de la inscripción en el Registro Oficial de Empresas Pesqueras en Países Terceros es (...) el poder realizar un seguimiento de todas las empresas pesqueras en Países Terceros y velar para que las ayudas cumplan efectivamente los fines propuestos, es claro que la falta de cumplimiento de las obligaciones impuestas al beneficiario de la ayuda genera su reintegro, de acuerdo además con el carácter modal que las subvenciones en nuestro ordenamiento tienen, ya que se otorgan para el cumplimiento estricto de una finalidad y si no se cumple ésta, no existe propiamente o no surte efecto la subvención, y se puede solicitar su reintegro sin necesidad de acudir a procedimiento sancionador alguno” (FJ 2º).

#### **B) Denegación de subvenciones. Principios de confianza legítima y seguridad jurídica**

La entidad “Pesqueras Vifrán, SL”, propietaria del buque pesquero “Monte Urola”, solicita a la Junta de Andalucía una ayuda por paralización definitiva y desguace del barco. Tras la ejecución de una de las cargas que pesaban sobre el buque, adquiere su propiedad “Pesqueras Bahía de Cádiz”, pretendiendo subrogarse en la percepción de la ayuda solicitada. La Junta de Andalucía, mediante la Resolución de su Viceconsejero de Agricultura y Pesca de 30 de julio de 1999, denegó la solicitud de ayuda. Contra esta Resolución, “Pesqueras Bahía de Cádiz” formula recurso contencioso-administrativo que es estimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en su Sentencia de 17 de diciembre de 2001. Contra ella, la Junta de Andalucía interpone recurso de casación que es desestimado por la STS de 15 de abril de 2005, Ar. 3441.

En uno de los dos motivos de casación alegados se discute la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. La parte recurrente –Junta de Andalucía– no niega la necesidad de que la Administración ajuste su actuación a estos principios, sino que combate la aplicación que de ellos ha hecho el tribunal de origen al caso concreto contemplado, sosteniendo que su existencia no puede significar una limitación insalvable de la actividad de la Administración que le impida atenerse a la correcta y debida aplicación de las normas jurídicas de obligatoria observancia, especialmente tratándose de la materia relativa a subvenciones públicas, en la que

se impone a quienes la solicitan la carga de someterse a las condiciones establecidas para obtenerlas. Tras recordar la jurisprudencia sentada por él mismo sobre la aplicación de los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe (FFJJ 3º y 4º), el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que “la sentencia de instancia no se separa de la doctrina jurisprudencial que se invoca como infringida, y que este concreto motivo ha de ser desestimado” (FJ 4º). El otro motivo de casación alegado versa sobre el concepto legal de beneficiario de la solicitud de ayuda y de la posibilidad de subrogarse en su posición el posterior adquirente del buque. En este sentido, la parte recurrente entiende infringido el artículo 57 del Real Decreto 222/1991, en relación con el artículo 6 de la Orden Ministerial de 31 de julio de 1991. A través de ello, se pretende impugnar la posibilidad legal de tener por subrogada a “Pesquería de la Bahía de Cádiz” en la posición del solicitante original de la ayuda (“Pesquerías Vifrán, SL”). Motivo que, tras examinar la normativa aplicable al caso enjuiciado, es igualmente desestimado por el Tribunal Supremo.

## 9. SEGUROS PRIVADOS

La **STC 173/2005, de 23 de junio**, resuelve el recurso de inconstitucionalidad que el Consell Executiu de la Generalitat de Catalunya promovió contra diversos preceptos de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados (en adelante, LOSSP). En la sentencia destacan los aspectos siguientes: el desarrollo reglamentario de bases estatales, la emisión de autorizaciones válidas en el espacio económico europeo, y los puntos de conexión para delimitar las competencias autonómicas. Ha sido ponente de la sentencia la Presidenta del TC, M<sup>a</sup>. Emilia Casas Baamonde, quien suscribe un voto particular junto al Magistrado Pablo Pérez Tremps.

Como cuestiones previas, el TC constata ante todo que por medio del RD Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, se aprobó el Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, si bien la controversia competencial sigue vigente. A continuación, el TC conecta el régimen de los seguros privados no sólo con la materia “mutualismo no integrado en el sistema de la Seguridad Social” (artículo 9.21 EAC), sino también con la “ordenación de los seguros” (artículo 149.1.11 CE), y la competencia estatal reconocida en el artículo 149.1.13 CE. En el examen de los preceptos impugnados, el TC se centra en primer lugar en los artículos 9.3 y 10.2 LOSSP, que habilitan al poder reglamentario estatal para que desarrolle y complete, con carácter básico, las normas que ya figuran con idéntico alcance en la Ley. El TC concluye que esta remisión es constitucional, porque la LOSSP contiene los elementos estructurales relevantes y definatorios del régimen de las sociedades mutuas, y la mera remisión de la Ley al reglamento, en abstracto, no le atribuye a éste el carácter de básico, ni lo convierte en inconstitucional. Además, añade el TC, los artículos 11 a 22 del Reglamento de desarrollo de la LOSSP, sobre régimen de mutuas se excepcionan expresamente de lo básico (FFJJ 2º y 3º de esta STC 173/2005).

En segundo lugar, la Generalitat de Catalunya cuestiona el inciso final del artículo 66.2. a) LOSSP, que regula la “ampliación de prestaciones” de las mutualidades de previsión social, del modo siguiente: la Administración autonómica otorga la autorización para que

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

dichas entidades amplíen sus prestaciones, pero el citado precepto la supedita a la obtención de otra autorización administrativa previa, válida en todo el Espacio Económico Europeo, y que otorga la Administración General del Estado.

Para el TC, pese al carácter ejecutivo de las competencias cuestionadas, esta regulación es plenamente constitucional puesto que, desde el punto de vista funcional, la autorización para ampliar prestaciones supone la creación de nuevos riesgos potenciales incluso para la estabilidad del sistema financiero en su conjunto. Éste es un valor de relevancia supra-autonómica que trasciende la concreta situación analizada (SSTC 86/1989, 220/1992 y 235/1999), y a cuya preservación sirven las potestades públicas de supervisión de las entidades aseguradoras, conforme resulta de la normativa comunitaria europea. El TC añade que ese modo de intervención estatal representa un control preventivo, de carácter técnico, que permite constatar si hay riesgo para el conjunto del sistema asegurador y financiero (FFJJ 4º a 7º).

En tercer lugar, la Generalitat de Catalunya impugna el triple punto de conexión previsto en el artículo 69.2, primer párrafo, de la LOSSP, puesto que, a su entender, supone reservar el ejercicio centralizado de competencias ejecutivas a favor del Estado, con el consiguiente vaciamiento de las competencias autonómicas. En concreto, dispone el precepto impugnado que, cuando las Comunidades Autónomas hayan asumido la competencia en sus Estatutos, la ostentarán en relación con las entidades aseguradoras cuyo domicilio social, ámbito de operaciones, y localización de riesgos o asunción de compromisos, se circunscriban al territorio de la respectiva Comunidad Autónoma.

Desde la Generalitat se alega que las últimas Directivas comunitarias en el sector de seguros abandonan la exigencia de una doble autorización, para el ejercicio de la actividad, y para la apertura de sucursales en otros Estados miembros. Tales Directivas introducen el principio de autorización administrativa única, y fijan como punto de conexión el domicilio social.

El TC considera que la normativa europea no impide otros puntos de conexión distintos del domicilio social, a los efectos de una distribución interna de competencias entre Estado y CCAA. Tras recordar otros asuntos similares resueltos por el propio TC, y una vez evocada su doctrina sobre la supraterritorialidad, el TC añade que esta regulación no impide que las entidades aseguradoras realicen, fuera del territorio autonómico, actividades instrumentales y ajenas a la típicamente aseguradora, pero sí sirve para impedir que la mera realización de tales actividades instrumentales comporte el desplazamiento de la competencia ejecutiva.

En definitiva, el TC entiende que la Administración autonómica competente en materia de seguros no tiene obstáculos para ejercer sus potestades supervisoras globales sobre el conjunto de la actividad de la entidad o sobre su situación financiera, si bien al Estado le corresponde, en todo caso, el “alto control económico-financiero de las entidades aseguradoras”, al amparo del artículo 149.1.13 CE, y como ya se indicó en la STC 86/1989, de 11 de mayo (FFJJ 8º a 11º).

En el **voto particular** se razona que los puntos de conexión objeto de la sentencia limitan la actuación de las CCAA a su propio ámbito territorial, y atribuyen al Estado las competencias normativas y ejecutivas respecto de las entidades aseguradoras que actúan en más de una Comunidad Autónoma. En el voto particular se admite que la sentencia de la mayoría aplica la doctrina de las SSTC 86/1989, de 11 de mayo, y 330/1994, de 15 de diciembre, pero también expone que esta doctrina, que utiliza el principio de territorialidad como principio delimitador de competencias fuera de los casos expresamente previstos por el bloque de constitucionalidad, conduce a una recentralización de competencias. El voto particular concluye señalando que la Constitución Española (artículo 139.2), y el Tratado de la Unión Europea (artículos 39 y siguientes), contienen suficientes mecanismos e instrumentos para garantizar la unidad del mercado, sin necesidad de vaciar las competencias autonómicas.

## 10. TELECOMUNICACIONES

### A) Medios de comunicación social. Televisión local por cable. Concesión

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 1999, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Televisiones Locales de Andalucía contra tres Órdenes del Ministerio de Fomento de 1 de agosto de 1997, por las que se dispone la publicación del pliego de bases administrativas y condiciones técnicas y se convoca concurso público para la adjudicación, mediante procedimiento abierto, de una concesión para la prestación del servicio público de telecomunicaciones por cable en las demarcaciones territoriales de Andalucía I, Andalucía II y Andalucía III. Contra esta sentencia se interpone recurso de casación, que es igualmente desestimado por la **STS de 9 de marzo de 2005**, Ar. 2379.

La Asociación de Televisiones Locales de Andalucía, parte recurrente, fundamenta su recurso de casación en la existencia de seis presuntas vulneraciones constitucionales.

La primera, y a la que más peso relativo se concede, es la infracción del artículo 20 de la Constitución, que reconoce los derechos a la libre expresión e información. Asimismo, se considera afectado dicho artículo desde el punto de vista pasivo del derecho de los ciudadanos a recibir información. Se argumenta que, constituyendo la televisión por cable un medio de comunicación que instrumenta o materializa estos derechos fundamentales, su regulación por Ley 42/1995, de 22 de diciembre, y Reglamento Técnico de desarrollo, más que ordenar la actividad venía a implicar su extinción al establecer una regulación injustificadamente restrictiva en el espacio (se prevé una sola concesión por demarcación territorial), en el tiempo (duración de 25 años), en la forma (ha de ejercerse por sociedades anónimas) e incluso en su envergadura (se requiere un capital social mínimo de 100 millones hasta 1.000 millones de pesetas), lo que se confirma a la vista de las Órdenes Ministeriales impugnadas. Por tanto, y según la parte recurrente, la inconstitucionalidad no deriva tanto de la catalogación de la televisión local como servicio público, cuanto de que, so pretexto de dicha calificación, se menoscaba el núcleo esencial del derecho funda-

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

mental. Para ello –se alega– se ha aparejado el ejercicio de la actividad televisiva por cable a la prestación simultánea de servicios de telecomunicación, lo que ha hecho extensivos a la televisión los requerimientos técnicos, económicos y geográficos antes citados, que son desproporcionados, inalcanzables e innecesarios para la mera actividad televisiva. Exceso que –se concluye– es inconstitucional por atentar al derecho a crear una red de televisión.

El Tribunal Supremo, en el FJ 3º de la sentencia, rechaza este motivo de casación, recordando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la suya propia sobre el derecho de creación de medios de comunicación en relación con las libertades reconocidas en el artículo 20.1.a) y d) de la Constitución, y sobre la configuración de la televisión como servicio público esencial de titularidad estatal, puesto que la exigencia de concesión administrativa para la gestión indirecta de la televisión por cable de alcance local es, sin lugar a dudas, consecuencia de esa conceptualización de la televisión. Y concluye afirmando que “un régimen de gestión indirecta requiere, como consecuencia de dicha conceptualización, la previa obtención de la concesión administrativa, teniendo en cuenta que no puede considerarse tal elemento contrario a los derechos de libertad de expresión y a la libertad de información”, añadiendo que “Todo ello pone de manifiesto la existencia de una justificación del tratamiento jurídico recogido en la Ley y plasmado en las convocatorias impugnadas, tanto en cuanto a la inclusión de otros servicios junto a la televisión por cable como de las condiciones y requisitos exigidos para su prestación, cuya proporcionalidad ha de examinarse desde el alcance objetivo del servicio tal y como ha de establecerse, es decir, atendiendo a las características y contenido del mismo, del que derivan las exigencias técnicas y económicas que garanticen su viabilidad”.

El segundo motivo alegado por la recurrente es la infracción del artículo 14 de la Constitución, que recoge el principio de igualdad. En el bien entendido de que la desigualdad denunciada no se predica respecto de los licitadores en el concurso, sino en relación con otros medios de comunicación social e, incluso, de la misma actividad televisiva cuando es propagada por otros medios, considerándose que no responde a un criterio razonable o suficiente para justificar la forma en que se ha regulado. Este segundo motivo es también rechazado en el FJ 4º de la sentencia. El Tribunal Supremo, en efecto, considera que ya se han puesto de manifiesto las razones a las que responde la regulación de la televisión por cable y su tratamiento normativo, así como la finalidad perseguida, a través de las exigencias técnicas y económicas establecidas, de garantizar la viabilidad de la operación y, con ello, de la prestación adecuada del servicio, “lo que descarta la falta de justificación objetiva y razonable y de congruencia entre el criterio y el fin perseguido por la norma”. Añade el Tribunal que no sirven de referencia ni la alusión que se hace “a otros medios de comunicación social como la prensa escrita o la televisión local por ondas terrestres”, por carecer de los requisitos de identidad para que puedan considerarse como elementos válidos a efectos del contraste que el principio de igualdad exige, ni tampoco sirve de referencia “la constante invocación por la parte recurrente a la situación existente antes de la regulación de la televisión por cable y la prestación en cualquier municipio con independencia del número de habitantes, que evidentemente se trata de superar y carece del presupuesto básico al efecto, al no constituir un supuesto contemplado de forma distinta por la Ley, dado que faltaba tal regulación legal”.

En tercer lugar, se denuncia la infracción del artículo 38 de la Constitución, que reconoce el derecho a la libertad de empresa, dado que las Órdenes Ministeriales impugnadas, al convocar los concursos, incidían en la configuración de las empresas aspirantes. Ello se traducía en la imposición, a los titulares de televisiones locales asociados, de la necesidad de tener que aumentar por encima de sus posibilidades la envergadura de sus empresas y su ámbito geográfico. El planteamiento global de las telecomunicaciones como un todo unitario e indisoluble, por innecesario e injustificado, transgrede –según afirma la recurrente– la libertad de empresa, así como los condicionamientos demográficos y geográficos impuestos por la Ley. Esta argumentación es rechazada, de nuevo, por el Tribunal Supremo. En el FJ 5º de su sentencia se recuerda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la suya propia en la que se afirma que la libertad de empresa no es un derecho absoluto, sino sometido a límites. Y en relación con el concreto sector de las telecomunicaciones, se trae a colación la STC 127/1994, en la que se señala que: “la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado (...); y, entre otras, por el sometimiento a una autorización administrativa que tutele distintos bienes constitucionales y los derechos de otros”. Concluye el Tribunal Supremo entendiendo que “no se acredita que las condiciones establecidas impidan o dificulten más allá de lo que es razonable, atendiendo a las características de la actividad, el acceso a la misma, por lo que también este motivo debe desestimarse”.

Se denuncia, en cuarto lugar, la infracción del artículo 9.3 de la Constitución, que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en cuanto no se justifican de manera razonable las restricciones impuestas a los titulares de empresas televisivas para continuar desarrollando su actividad. La sentencia, en su FJ 6º, rechaza este motivo, por cuanto “se ha justificado el régimen de concesión que se establece y las condiciones de acceso a la misma, lo que descarta la arbitrariedad como manifestación de ausencia de justificación razonable”.

El quinto motivo de casación es la infracción del artículo 81 de la Constitución, que establece la reserva de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales. Motivo que tampoco es acogido por el Tribunal Supremo. En el FJ 6º de su sentencia, recuerda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que impone la necesidad de una interpretación restrictiva de las materias reservadas a este tipo de ley y de la expresión “desarrollo” referida a los derechos fundamentales. Ya en relación con el artículo 20 del texto constitucional, se reproducen algunos pasajes de la STC 127/1994, en los que se señala que “la libertad de configuración normativa del legislador a la hora de 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”, y concluye que “El objeto de los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución no coincide, pues, totalmente con el objeto de las concesiones. Puede, por eso, decirse que la previsión de las condiciones y la regulación del régimen jurídico de un sistema de emisiones con cobertura nacional por sociedades concesionarias y en gestión indirecta del servicio público esencial de televisión es una modalidad de ejercicio –de entre las constitucio-

## XIV. Derecho Administrativo Económico

nalmente posibles— de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 20.1 de la Constitución y, al tiempo, un presupuesto mediante la regulación de las condiciones que hacen posible y efectivo el ejercicio de derechos fundamentales, que es lo que la Constitución reserva a la ley orgánica en su artículo 81.1, ni tampoco una delimitación negativa o restricción de los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución, que debiera venir cubierta por ley orgánica, pues de la misma no se deduce necesariamente una exclusión de las modalidades televisivas no reguladas”.

El sexto y último motivo de casación es la denuncia de infracción del artículo 9.3 de la Constitución, que garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, en cuanto que los empresarios televisivos asociados habían iniciado su actividad antes de la entrada en vigor de la normativa, al amparo del artículo 20 de la Constitución, sin necesidad de concesión, resultando que esa normativa posterior, al someter la actividad al régimen concesional, viene a limitar este derecho con infracción del principio recogido en el citado artículo 9.3 de la Constitución. Como todos los demás, también este motivo es rechazado por el Tribunal Supremo. En el FJ 7º de su sentencia se afirma que “se trata de una ordenación del ejercicio del derecho hacia el futuro, que no incide en titularidades jurídicas consolidada al amparo de una norma anterior, sino ante situaciones de precario que, además, se mantienen transitoriamente y se posibilita su adaptación a la normativa establecida, por lo que no se advierte la existencia de retroactividad en los términos” que prohíbe la Constitución.

### **B) Medios de comunicación social. Televisión local por cable. Concesión**

La Resolución del Ministerio de Fomento de 13 de marzo de 1997 desestimó la solicitud, presentada por la entidad “Canal Ciudad Real, SL”, de concesión provisional para seguir prestando el servicio de televisión por cable que, bajo la denominación de “Teleonda”, venía desarrollando en Ciudad Real. Contra esta Resolución, la citada entidad interpone recurso contencioso-administrativo que es desestimado por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 15 de noviembre de 1999. Sentencia que es recurrida en casación, siendo desestimado el recurso por la **STS de 24 de marzo de 2004**, Ar. 2593 de 2005. La razón por la que se desestimó la solicitud de concesión provisional es el incumplimiento del requisito, exigido por la normativa aplicable, de acreditar hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, mediante la presentación de las oportunas certificaciones administrativas. La entidad recurrente adjunta en su escrito de demanda, sin embargo, una mera fotocopia de dicho certificado, aunque carente de sello de entrada u otro instrumento que pudiera acreditar su recepción y tenencia por la Administración. Documento que, por otra parte, no justifica el estricto cumplimiento de las obligaciones tributarias por la entidad recurrente.

En casación, la parte recurrente no plantea cuestión alguna sobre la validez de la exigencia en sí del requisito cuya inobservancia ha provocado la denegación. El motivo único de casación es la infracción de cuatro artículos del Código Civil, a saber: la sentencia de instancia quebranta las reglas de reparto distributivo de la carga de la prueba (artículo 1214); vulnera las reglas referidas a la fuerza probatoria de los documentos públicos (ar-

título 1218) y a la de las copias de documentos destruidos (artículo 1221), y prescinde, por último, del valor de los documentos privados (artículo 1225). El Tribunal Supremo confirma los razonamientos de la sentencia recurrida, añadiendo que las afirmaciones del recurrente “incluso de ser compartidas serían irrelevantes, a los efectos de estimar el recurso de casación”. Y ello porque, “aunque la aplicación de algunos de los citados preceptos del Código Civil permitiera sostener que a la fotocopia del certificado (...) pudiera reconocérsele el carácter y fuerza de un documento público, ello lo único que demostraría es la expedición del certificado por la Agencia Tributaria, pero no su presentación temporánea (...) ante la Dirección General de Telecomunicaciones” (FJ 4º).

## 11. TRANSPORTES

### A) Autotaxi

#### a) Incompatibilidad de titulares de licencia de taxi

Las SSTs de 6, 7 y 8 de abril de 2005, Ar. 3520, 3522 y 3626, que tuvieron como ponente al Magistrado Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho, reiteran la ya muy abundante doctrina jurisprudencial en relación a los acuerdos adoptados por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Madrid por los que se declaraba la situación de incompatibilidad de titulares de licencias de taxi en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 del RD 763/1979 de 16 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento Nacional de Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles ligeros.

Esta doctrina ya ha sido recogida en nuestra crónica del número pasado (número 29, XIV. 9), y a ella nos remitimos. Tan sólo recordaremos el contenido del Acuerdo Municipal y los motivos de oposición al mismo que se contienen en las sentencias antes citadas y que fueron rechazados.

El Acuerdo municipal procedió a declarar la extinción de licencias municipales de taxi al constatare una situación de incompatibilidad en la titularidad de dicha licencia con el ejercicio comprobado de otra actividad profesional del titular de la misma en detrimento del régimen de plena y exclusiva dedicación. El Acuerdo se adopta tras ofrecer el derecho de opción entre cesar en la situación de incompatibilidad o transmitir la licencia.

Los argumentos de los recurrentes, que coinciden con los expuestos en las sentencias comentadas en el número anterior de esta revista, son los siguientes: inconstitucionalidad del Real Decreto; imposición de una sanción sin cobertura legal y sin seguir el procedimiento; adopción de un acto revocatorio de derechos sin seguir el procedimiento, vulneración del principio de igualdad; vulneración del principio de libertad de empresa y vulneración del artículo 24 por incongruencia de la sentencia de primera instancia. Los argumentos de las sentencias para rechazar los recursos, son también los que se contenían en las sentencias antes citadas. Razón por la cual nos remitimos a nuestro comentario contenido en el número 29 de esta misma revista, apartado XIV. 9.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

La STS de 17 de marzo de 2004, Ar. 3293 de 2005, confirma la sentencia del TSJ de Cataluña y anula la sanción de revocación de una licencia de autotaxi por infracción del artículo 23.3.g) del Reglamento Regulador del Servicio de Autotaxis, aprobado por el Consejo Metropolitano de la Entidad Metropolitana de Barcelona. Al mismo tiempo, anula el precepto en virtud del cual se impuso la sanción citada y anulada.

La cuestión de fondo que se plantea en la sentencia afecta directamente al derecho sancionador administrativo, y recoge un debate ya antiguo sobre la calificación de la revocación de licencias de autotaxis. El recurrente alegó que la revocación poseía naturaleza sancionadora, por lo que la regulación tanto del tipo infractor como de la sanción en una norma reglamentaria vulneraba el principio de legalidad en materia sancionadora.

El Tribunal Supremo confirma esta argumentación, y niega que se trate de una mera revocación producida por la caducidad de la licencia o por haber desaparecido las causas que dieron lugar a su otorgamiento. Para el Tribunal la revocación tiene carácter punitivo, lo que se confirma por el procedimiento seguido para su imposición.

En conclusión, se anula el acto sancionador y el precepto reglamentario que dio una insuficiente cobertura a la medida sancionadora. Debe señalarse, por último, que la declaración de nulidad de un precepto del reglamento fue el argumento de orden procesal que permitió al Tribunal Supremo admitir el recurso casacional.

### **B) Transporte marítimo internacional. Denegación de línea regular de transporte marítimo de pasaje y carga. Examen de posible infracción del Derecho Comunitario y planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia**

La Autoridad Portuaria de Málaga, a través de su Resolución de 11 de mayo de 1994, denegó a la entidad “Cenargo España, SL” el establecimiento de línea regular de transporte marítimo de pasaje y carga entre España y Marruecos, en concreto, entre los puertos de Málaga y Nador. Contra esta resolución y otra de 8 de abril de 1994 y contra los Acuerdos del Gobierno Civil de Málaga de 7 y 26 de abril de 1994, la entidad citada interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de 26 de marzo de 1999. Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación, igualmente desestimado por la STS de 15 de marzo de 2004, Ar. 2672 de 2005.

El primer motivo de casación alegado censura que la sentencia de instancia haya considerado competente al Gobernador Civil de Málaga para prohibir el establecimiento de la línea de transporte marítimo entre España y Marruecos, desconsiderando las competencias del Director General de la Marina Mercante. El Tribunal Supremo confirma el criterio de la sentencia recurrida, afirmando que la actuación del Gobernador Civil se limita a expresar las condiciones del Puerto de Málaga en lo que afecta a la seguridad y control de extranjeros, porque no tiene la consideración de frontera exterior habilitada para asumir el tráfico de viajeros procedentes de buques que zarpen de puertos pertenecientes a Estados terceros (Marruecos) a la Unión Europea, ejerciendo, en consecuencia, las competencias

inherentes a su función de responsable de la política del Gobierno en la Provincia y de ostentar la Jefatura de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, sin inmiscuirse en las competencias que puedan corresponder a los órganos centrales del Ministerio correspondiente en materia de navegación marítima exterior y extranacional. En conclusión, las exigencias imperativas del control de las fronteras españolas, por sí y en cuanto resultan ser simultáneamente fronteras exteriores de un Estado miembro de la Unión Europea, legitiman la necesidad de someter a un cierto control, también inicial, el establecimiento de una línea regular de navegación que pretenda desembarcar en España, con una frecuencia periódica determinada, y precisamente en un puerto hasta entonces no habilitado al efecto, a personas procedentes de países terceros.

En el segundo motivo de casación se denuncia la infracción del Derecho Comunitario, en concreto, el artículo 59.1 del Tratado de la Comunidad Europea, en relación con el artículo 1 del Reglamento 4055/1986 y con los artículos 56.1 y 5 del referido Tratado de Roma. En este punto, relativo a la libertad de prestación de servicios y libertad de establecimiento y a su compatibilidad con un sistema de autorización administrativa, el Tribunal Supremo reproduce y hace suyos, de manera extensa, los fundamentos de derecho de la sentencia impugnada, completándolos con las consideraciones jurídicas vertidas en la STS de 20 de junio de 2002 (RJ 2002\9555). Todo ello conduce a desestimar también este motivo de impugnación.

El tercer motivo de casación se funda en la infracción del artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea, al no haber planteado el tribunal de instancia cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia sobre cuestiones de interpretación del Derecho Comunitario que están reservadas al enjuiciamiento de dicho Tribunal. Este motivo es rechazado, reiterando la doctrina sentada en la citada STS de 20 de junio de 2002, según la cual “para desestimar el motivo basta recordar que el artículo 177 (hoy 234) del Tratado CE permite, en efecto, pero no impone, el planteamiento de cuestiones prejudiciales a los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones sean susceptibles de ulterior recurso judicial en el orden interno. Dado que en tal situación se encontraba la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana al fallar el litigio (como lo demuestra que la sentencia en él recaída haya sido impugnada en casación), el hecho de que no considerara necesario dirigirse al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para que éste le facilitase la interpretación de las normas comunitarias invocadas podrá ser criticado desde otros puntos de vista pero, en todo caso, no vulnera el artículo 177 citado” (FJ 4º).

ALFREDO GALÁN GALÁN  
TOMÁS FONT I LLOVET  
JOSEP MOLLEVI BORTOLO  
JOAQUÍN TORNOS MAS

**XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD****Sumario:**

**1. Consumo.** A) ¿La legislación española que autoriza el uso del término “bio” en productos no obtenidos según el método de producción ecológica vulnera la normativa comunitaria? B) Protección de los consumidores en la venta a domicilio de bienes inmuebles. **2. Deporte.** A) Normas de seguridad en las actividades subacuáticas. **3. Educación.** A) No universitaria. a) Legalidad del reglamento que regula incorporaciones al grado superior de las enseñanzas de música. B) Universitaria. a) Legalidad del reglamento que regula el sistema de habilitación nacional para el acceso a cuerpos de funcionarios docentes universitarios. b) Legalidad de la restricción del cobro del complemento de investigación (“sexenios”) a los profesores a tiempo completo. **4. Extranjeros.** A) Ilegalidad parcial del Reglamento de entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea. B) Permiso de trabajo y de residencia. C) Denegación de entrada y expulsión. D) Asilo y condición de refugiado. E) Nacionalidad. **5. Juego.** A) Competencia para la instalación de máquinas de apuestas hípcas. **6. Sanidad.** A) Relación entre baja laboral y derecho a la integridad física. B) El derecho a la información y el consentimiento. **7. Seguridad privada.** A) Competencia para la autorización de un servicio con armas a una entidad de crédito.

**1. CONSUMO****A) ¿La legislación española que autoriza el uso del término “bio” en productos no obtenidos según el método de producción ecológica vulnera la normativa comunitaria?**

La STJCE de 14 de julio de 2005, asunto C-135/03, tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra España, con arreglo al artículo 226 CE. Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que al mantener en su ordenamiento interno y en sus usos el empleo del vocablo “bio”, solo o combinado con otros términos, para productos que no se han obtenido según el método de producción ecológica, se infringe con ello los artículos 2 y 5 combinados del Reglamento (CEE) núm. 2092/91 del Consejo, de 24 de junio de 1991, sobre la producción agrícola ecológica y su indicación en los productos agrarios y alimenticios (DO L 198, p. 1), modificado por el Reglamento (CE) núm. 1935/95 del

Consejo, de 22 de junio de 1995 (DO L 186, p. 1) y completado, para incluir las producciones animales, por el Reglamento (CE) núm. 1804/1999 del Consejo, de 19 de julio de 1999 (DO L 222, p. 1).

En lo que atañe al etiquetado, la publicidad y los documentos comerciales de los productos obtenidos con arreglo al método de producción ecológica, el artículo 2 del Reglamento núm. 2092/91 se refiere a las “indicaciones que se utilicen en cada Estado miembro y que sugieran al comprador que el producto (...) se(ha) obtenido de acuerdo con las normas de producción [ecológica]” y “en particular” a los “términos (...) o [a] sus prefijos en uso” que figuran en una lista en la que se mencionan, para cada una de las once lenguas por entonces oficiales en la Comunidad, uno o dos vocablos. En cinco de las once lenguas, la lista comprende una sola palabra correspondiente al término francés *biologique*. En otras tres lenguas se menciona una única palabra que se corresponde con el término francés *écologique*. Para la lengua alemana, se citan indistintamente dos expresiones correspondientes a ambos; en las dos lenguas restantes se alude a otro vocablo. En su versión aplicable en el presente recurso por incumplimiento, el texto del artículo 2 del Reglamento núm. 2092/91 es inequívoco a este respecto. Puesto que en la lista incluida en este artículo no se menciona en español más que el término “ecológico”, que abarca su abreviación “eco”, no puede censurarse al Gobierno español no haber prohibido a los fabricantes de productos no obtenidos con arreglo al método de producción ecológica utilizar otros términos como “biológico” o “bio”.

En contra de lo que afirma la Comisión, del texto del mencionado artículo 2 tampoco se desprende que la abreviación “bio” deba, por el hecho de aparecer mencionada en dicho artículo como abreviación usual, ser objeto de especial protección en todos los Estados miembros y en todas las lenguas, incluidas aquellas para las que la lista incluida en dicho artículo asigna términos que no se corresponden con la palabra francesa *biologique*.

En resumen, el Tribunal de Justicia, desestima el recurso porque la Comisión no ha demostrado, más allá de las indicaciones mencionadas acerca de la existencia de un cierto uso de los términos “biológico” o “bio” en el mercado español, que en este mercado estos términos sugieran a los compradores españoles, en general, que los productos de que se trata han sido obtenidos con arreglo al método de producción ecológica. De este modo, la Comisión no ha logrado rebatir la afirmación contenida en la Exposición de Motivos del Real Decreto 506/2001 conforme a la cual, en el momento de su adopción, el uso del término “bio” había pasado a ser corriente en España para designar productos alimenticios que presentan determinadas características no relacionadas con el método de producción ecológica.

## **B) Protección de los consumidores en la venta a domicilio de bienes inmuebles**

La STJCE de 25 de octubre de 2005, asunto C-350/03, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el *Landgericht Bochum* (Alemania) a la que el Tribunal de Justicia responde que el artículo 3, apartado 2, letra a), de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección

de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, debe interpretarse en el sentido de que excluye del ámbito de aplicación de esta Directiva a los contratos de compraventa de bienes inmuebles, aunque únicamente formen parte de una fórmula de inversión de capital financiada a crédito y las negociaciones previas a la celebración del contrato tengan lugar, por lo que respecta tanto al contrato de compraventa del bien inmueble como al contrato de préstamo destinado exclusivamente a la financiación de dicha compra, en el marco de una venta a domicilio.

Asimismo, la Directiva 85/577 no se opone a normas nacionales que limitan las consecuencias jurídicas de la revocación de un contrato de préstamo únicamente a la resolución de éste, incluso en el marco de fórmulas de inversión de capital en las que el préstamo no se habría concedido de no haberse adquirido simultáneamente el bien inmueble.

No obstante, en una situación en la que, si el Banco hubiera cumplido su obligación de informar al consumidor de su derecho de revocación, éste habría podido evitar exponerse a los riesgos inherentes a inversiones como las controvertidas en el litigio principal, el artículo 4 de la Directiva 85/577 obliga a los Estados miembros a velar por que sus legislaciones protejan a los consumidores que no pudieron evitar exponerse a tales riesgos, mediante la adopción de medidas que puedan evitarles soportar las consecuencias del acaecimiento de dichos riesgos.

## 2. DEPORTE

### A) Normas de seguridad en las actividades subacuáticas

La STS de 3 de marzo de 2004, Ar. 3607 de 2005, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Federación Española de Actividades Subacuáticas –en origen contra la Orden Ministerial de 14 de octubre de 1997 sobre normas de seguridad en actividades subacuáticas–, y en la que previamente la Audiencia Nacional había rechazado el recurso declarando que “la recurrente pretende sustituir los criterios mantenidos por la Administración en materia de seguridad para el ejercicio de actividades subacuáticas (...), regulación que no gusta, y que hubiera preferido, ya se regulara en otros términos, ya se contemplaran nuevos aspectos o dejaran de contemplarse otros sí normados, pero obviamente ello no implica en modo alguno arbitrariedad, sino el desarrollo normativo que la Administración ha considerado oportuno para la seguridad en el ejercicio de actividades subacuáticas”.

Por su parte, el Tribunal Supremo rechaza también el recurso y entiende, entre otras cosas, que es ciertamente desproporcionado sostener que la Orden infrinja nada menos que el derecho a la vida y a la integridad física de sus destinatarios cuando el artículo 24 de la Orden incluye como equipo mínimo obligatorio de los buceadores autónomos deportivo-recreativos el chaleco compensador de la flotabilidad (que deberá constar de un sistema de hinchado bucal, y otro automático directo de la botella de suministro principal, o alimentado por medio de un botellín), la botella con un mecanismo de reserva o con un sistema de control de la presión interior, el reloj y profundímetro o descompresímetro digital, el

cuchillo y “dos segundas etapas, aunque se recomienda llevar dos reguladores independientes”. Por lo demás, se confirma que la Orden de 20 enero de 1999 (RCL 1999, 466) actualizó determinadas tablas y cuadros de la Orden objeto de este recurso, relativas a las condiciones de inmersión y de descompresión. Modificación que se hizo, según el preámbulo de aquélla porque hubo “innovaciones tecnológicas que aconsejan la actualización de ciertos contenidos de las tablas”, y precisamente en virtud de la Disposición Adicional Primera de la Orden de 14 de octubre de 1997, que autoriza al Director General de la Marina Mercante para actualizar periódicamente las normas de seguridad. Es igualmente cierto que una nueva Orden, de 20 julio de 2000 (RCL 2000, 1799), volvió a modificar las normas de seguridad para el ejercicio de actividades subacuáticas, esta vez incorporando la distinción entre el buceo científico y el profesional, con su correspondiente régimen de seguridad diferenciado. La nueva Orden reconoce que las actividades relacionadas con el buceo científico no pueden ser incluidas dentro de las características que sirven para definir al buceo profesional, por lo que regula de modo separado aquella modalidad.

Tales modificaciones, en contra de lo sostenido por la recurrente, no determinan la estimación de la “demanda” sino la pérdida de objeto del recurso en lo que a ellas se refiere. Pues tratándose de un recurso directo contra disposiciones generales, dirigido a eliminar del ordenamiento jurídico aquellas que sean nulas, la modificación de una de ellas o bien constituye un supuesto peculiar de satisfacción extraprocesal de la pretensión (si la variación normativa se produce precisamente en el sentido auspiciado por la recurrente) o bien deja sin contenido real al proceso, pues no se puede eliminar del ordenamiento jurídico lo que ya no forma parte de él a causa de la mutación originada por la nueva norma.

### 3. EDUCACIÓN

#### A) No universitaria

##### a) Legalidad del reglamento que regula incorporaciones al grado superior de las enseñanzas de música

La STS de 30 de marzo de 2004, Ar. 4090 de 2005, resuelve un recurso directo interpuesto por un sindicato contra el Real Decreto 706/2002, de 19 de julio, que regula determinadas incorporaciones al grado superior de las enseñanzas de música (y las equivalencias entre viejos y nuevos planes de estudio), rechazando íntegramente las pretensiones del recurrente y ratificando, por tanto, su legalidad.

#### B) Universitaria

##### a) Legalidad del reglamento que regula el sistema de habilitación nacional para el acceso a cuerpos de funcionarios docentes universitarios

En anteriores crónicas se ha hecho referencia a múltiples sentencias del Tribunal Supremo que rechazaban la ilegalidad de la previsión reglamentaria que excluye a los profesores

universitarios en situación de excedencia de la posibilidad de formar parte de las Comisiones de Habilitaciones. También en este período se han vuelto a producir varias más (que ya no merece la pena referenciar aquí).

Tiene mayor interés, sin embargo, la STS de 20 de abril de 2005, Ar. 4067, porque se refiere a otros aspectos del discutido RD 774/2002. En concreto, ante un recurso directo contra el citado reglamento, el Tribunal Supremo rechazará las argumentaciones dirigidas contra diversos aspectos en los que —a juicio del sindicato recurrente— se trata ilegal y discriminatoriamente a los Profesores Titulares de Escuelas Universitarias. Asimismo (y esto ya tiene un alcance bastante más general que el aspecto anterior), el Tribunal Supremo desestimaré la impugnación de su Disposición Adicional Primera, relativa al régimen de reingreso al servicio activo, no muy diferente (excepto en el supuesto específicamente previsto en el artículo 67 LOU), por cierto, al establecido en su momento por el RD 898/1985, de 30 de abril (y que la STC 83/1994 no consideró inconstitucional y la STS de 26 de marzo de 1996, Ar. 2812, con consideró ilegal).

### **b) Legalidad de la restricción del cobro del complemento de investigación (“sexenios”) a los profesores a tiempo completo**

En la STS de 11 de mayo de 2005, Ar. 4270, se ratifica la legalidad de la disposición reglamentaria —que viene desde el RD 1086/1989 y que se mantiene en la versión dada por el RD 1325/2002 (que es el que en esta Sentencia se enjuicia)—, razonándolo de la siguiente manera: “El estímulo o fomento de la actividad investigadora ofrece varias alternativas posibles, porque una de éstas, en efecto, puede consistir solamente en la retribución del resultado constatado de la actividad investigadora, pero otra vía puede ser la de exigir para devengar ese complemento retributivo, no sólo alcanzar dicho resultado, sino mantener un régimen de dedicación a tiempo completo; esto último desde la idea de que esta doble obligación simultánea, de lograr resultados y mantener también esa superior dedicación, puede ser la solución que contribuya más poderosamente a alentar la actividad investigadora”.

## **4. EXTRANJEROS**

### **A) Ilegalidad parcial del Reglamento de entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea**

Si la STS de 10 de junio de 2004, Ar. 3885 —a instancias de la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes Andalucía Acoge—, ya declaró parcialmente ilegal el RD 178/2003, la STS de 9 de febrero de 2005, Ar. 1400 —esta vez a instancias de la Asociación Sos Racismo del País Valenciano—, también considerará ilegal parte del artículo 18.2 de la misma disposición reglamentaria.

**B) Permiso de trabajo y de residencia**

La STS de 3 de marzo de 2004, Ar. 2256 de 2005, anula una denegación de tal permiso por falta de motivación suficiente (y lo hace en términos verdaderamente duros para con este proceder de la Administración). En este mismo sentido, la STS de 15 de abril de 2005, Ar. 3440, también anula otra denegación argumentando que “los informes desfavorables de la Administración han de estar motivados”, siquiera de manera sucinta, de forma que el administrado pueda conocer las razones en que se basan para efectuar ese juicio desfavorable (de “derecho indiscutible de conocer las razones por la cuales el informe resulta desfavorable”, hablará esta Sentencia, como requisito esencial que le permita al interesado exponer los argumentos de que se crea asistido para desvirtuar su contenido).

Por su parte, la STS de 9 de marzo de 2005, Ar. 2382, admite la legalidad de una denegación basada en la existencia de 298 demandantes de empleo para la actividad (empleo de hogar) que se pretendía desarrollar. Así, recordando jurisprudencia anterior (SSTS de 1 de abril de 2003, Ar. 4161, y de 23 de febrero de 2005, Ar. 1414), el Tribunal Supremo señala que, salvo que concurran especiales razones dignas de ser tenidas en cuenta, la existencia de trabajadores en paro inscritos en el sector de actividad para el que se solicita aquél en la zona geográfica correspondiente, faculta a la Administración para denegar el permiso de trabajo. “Para comprobar dicha circunstancia la Administración laboral, si carece de datos necesarios, debe solicitar los informes oportunos de los organismos oficiales encargados de gestionar la oferta de empleo y dispone de la facultad de exigir del empleador solicitante justificación de que acudió a ellos o realizó su oferta con publicidad si resulta necesario para demostrar la inexistencia de trabajadores en paro que, aun cuando puedan no estar obligados a aceptarla, estén dispuestos a cubrir el puesto de trabajo ofrecido. Esta facultad de la Administración supone implícitamente el deber del empleador de asegurarse de que los trabajadores en paro inscritos en el sector de actividad y zona geográfica afectada aptos para desempeñar el trabajo ofrecido no están dispuestos a aceptar su oferta”.

**C) Denegación de entrada y expulsión**

Dos SSTS de 1 de abril de 2005, Ar. 3709 y 3309, en recursos contra la denegación de entrada en territorio español han tenido la oportunidad de interpretar el artículo 5.1.c) del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. Así, el Tribunal Supremo dirá que mediante el uso de la expresión “en su caso” en tal precepto no se exige que quien pretenda entrar en territorio español tenga que presentar necesariamente documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia, debiendo interpretarse en el sentido de que sólo cuando haya datos o circunstancias que permitan suponer que se falta a la verdad en la manifestación del objeto de la estancia, la autoridad o agente de la misma, mediante explicación suficiente, podrá requerir al interesado que aporte los documentos que justifiquen la estancia prevista, o bien cuando por su naturaleza o su singularidad sea imprescindible, que el viajero esté en posesión de dichos documentos. En los casos que se enjuiciaban, ni en la inicial resolución ni al decidir el recurso de alzada la Administración

ha expresado las razones por las que consideraba que el interesado en entrar en España no decía la verdad en cuanto al objeto de su visita, mientras que la naturaleza de una estancia turística no ha de venir indispensablemente acompañada de la previa reserva de alojamiento o de un itinerario anteriormente programado, razón por la que anulará las resoluciones administrativas impugnadas. Es más, en ambos casos se condenará a la Administración a abonar el billete de avión de vuelta que hubieron de coger los interesados ante la denegación de entrada.

Diversas SSTS de 29 de abril de 2005, Ar. 3809, 3811, 3813, 3817, 3818, 3820, 3822, 3947, 3949, 3950, 3952, 3953 y 3954, de 10 de mayo de 2005, Ar. 3986, 3987 y 4075, y de 27 de mayo de 2005, Ar. 4261, resuelven sobre la compatibilidad de órdenes de expulsión con procesos penales pendientes. Así, en línea con anteriores pronunciamientos (vid. SSTS de 29 de noviembre de 2004, Ar. 1911 de 2005, de 21 de diciembre de 2004, Ar. 66 de 2005, y de 2 de marzo de 2005, Ar. 1911), el Tribunal Supremo dirá lo siguiente: si el principio *non bis in idem* no impide que una condena penal por delito doloso pueda ser considerada también como causa de expulsión de un extranjero, la cuestión debe abordarse desde una perspectiva diferente si la expulsión se funda en la comisión de unos hechos por los que existe pendiente un proceso penal. En tal caso, la Administración no puede fundar la expulsión directamente en esa circunstancia, sino que lo que puede hacer es solicitar del Juez la autorización de expulsión de un extranjero encartado en un procedimiento por delitos menos graves, siempre que se aplique una causa de expulsión distinta de la realización de los hechos por los que se sigue la causa penal, puesto que, en caso contrario —que era lo que sucedía en el supuesto enjuiciado—, la Administración no puede pronunciarse sobre ellos sin que antes lo haya hecho la Jurisdicción Penal.

Por su parte, la STS de 24 de mayo de 2005, Ar. 4292, también se enfrenta con el ámbito de aplicación de la prohibición del *bis in idem*. Atendiendo a las circunstancias del caso concreto, el Tribunal Supremo dirá que, en el caso enjuiciado, no nos hallamos ante una orden de expulsión, sino ante una resolución judicial que resulta necesaria para que la Administración pueda llevar a efecto la expulsión de un extranjero “encartado” (de conformidad con el artículo 21.1 de la LOExt. de 1985). Tal autorización judicial de expulsión no puede ser calificada como una sanción sustitutiva de la sanción penal, a diferencia de lo que sucede con la expulsión del extranjero “condenado”, medida que tampoco es una pena sino una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado y sin que el extranjero ostente derecho alguno a la sustitución de la pena privativa de libertad por la medida de expulsión; ni viceversa, es decir, que tampoco tiene derecho a que, en lugar del expediente de expulsión, se siga el procedimiento judicial hasta su terminación por Sentencia.

### D) Asilo y condición de refugiado

Ha sido este apartado el que, nuevamente, ha requerido un número elevadísimo de sentencias por parte del Tribunal Supremo. Forzados por este dato, aquí sólo recogeremos las que presentan algún interés, prescindiendo por ello de todas las que, por ejemplo, ratifican la leglidad de inadmisiones a trámite.

Diversas sentencias del Tribunal Supremo, sin embargo, anulan otras tantas inadmisiones a trámite de solicitudes de asilo al entender, a diferencia de lo interpretado por la Administración, que en las mismas sí se ofrecían indicios suficientes de peligros o persecuciones justificadores de la concesión de asilo (SSTS de 23 de febrero, 21 de marzo, 13, 19, 26 y 29 de abril, 10, 13, 27 y 31 de mayo de 2005, Ar. 2206, 2523, 2525, 2528, 3391, 3392, 3640, 3642, 3914, 3803, 3812, 3814, 3815, 3988, 4074, 4076, 4078, 4263, 4295, 4318 y 4324).

También han sido muy numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que han ratificado la procedencia de la denegación de solicitudes de asilo. Más interés, sin embargo, pueden tener las dos que anulan la denegación gubernativa de asilo, por no constar, precisamente, la preceptiva comunicación al ACNUR (SSTS de 1 y 29 de marzo de 2005, Ar. 2368 y 2662).

Finalmente, puede resultar oportuno hacernos eco de lo establecido en la STS de 27 de mayo de 2005, Ar. 4418, donde se ratifica la revocación gubernativa de una previa concesión de asilo, por haber cometido el interesado, con posterioridad a la misma, dos graves delitos comunes contra la salud pública.

## E) Nacionalidad

La STS de 12 de mayo de 2005, Ar. 4226, anula una denegación de nacionalidad y de la misma nos interesa destacar que la integración del solicitante en la sociedad española se deduce de su convivencia familiar con mujer e hijos de nacionalidad española, hablando y entendiendo el idioma español y estando en período de aprendizaje para su escritura.

## 5. JUEGO

### A) Competencia para la instalación de máquinas de apuestas hípcas

La STS de 29 de enero de 2004, Ar. 2098 de 2005, resuelve el recurso de casación en el que se parte de la competencia exclusiva del Estado sobre las Apuestas Mutuas Deportivas Benéficas, que no se circunscriben únicamente a las denominadas quinielas de fútbol, sino que conforme a su normativa reguladora pueden extenderse a cualquier otro deporte.

No se cuestiona por la parte recurrente la competencia del Estado, en la regulación de las Apuestas Mutuas Deportivas Benéficas, pero discrepa de la interpretación que realiza la Sala de instancia respecto de las apuestas hípcas y, en concreto, la QH, permitidas a su parecer como competencia de la Comunidad en el artículo 17 de la Ley 4/1991, de 8 de diciembre, del Parlamento Vasco. Sin embargo, el carácter benéfico de tales apuestas y de la Sociedad de Fomento de Cría Caballar de España está reconocido en diversas disposiciones y en concreto en el Real Decreto 1734/1982, de 9 de julio (RCL 1982, 2040), que modifica y da una nueva redacción al artículo 4 del Decreto de 27 de junio de 1957

## XV. Bienestar, Consumo, Educación y Sanidad

(RCL 1957, 922), en los siguientes términos: “Sobre las apuestas efectuadas fuera del Hipódromo se llevará una contabilidad especial, y del total importe jugado se detraerá un 40%, del cual el 21,5% se aplicará para el pago de impuestos y arbitrios estatales y municipales y para el gasto de venta de las apuestas y su administración; un 5%, para el pago de la renta de los terrenos e instalaciones del Hipódromo; un 3,5% para la Asociación Española contra el Cáncer, y el 10% restante quedará en poder de la Sociedad de Fomento de la Cría Caballar de España, que necesariamente habrá de aplicarlo al cumplimiento de sus fines no lucrativos y al entretenimiento, conservación y mejora de los edificios e instalaciones todas del Hipódromo”. Por lo tanto, el Tribunal Supremo concluye que no tiene competencia la Administración recurrente en esta materia enmarcada en el seno de las “Apuestas Mutuas Deportivas Benéficas”.

### 6. SANIDAD

#### A) Relación entre baja laboral y derecho a la integridad física

En contestación a un recurso de amparo —en el que se impugnaban unas resoluciones denegatorias de solicitudes de prórroga de baja por incapacidad laboral—, la **STC 220/2005, de 12 de septiembre**, formula algunas consideraciones de interés al respecto. Así, el Alto Tribunal, recordando jurisprudencia anterior, comienza por abordar el contenido del derecho fundamental recogido en el artículo 15 CE. En tal sentido y por lo que aquí más interesa, se señala que, para apreciar su vulneración, no es preciso que la lesión a la integridad se haya consumado, sino que basta con que exista un *riesgo relevante* de que la lesión pueda llegar a producirse. Además, tal derecho fundamental puede lesionarse no sólo por acciones, sino también por omisiones de los poderes públicos, como podría ser el caso de una *negativa injustificada a conceder una prórroga de baja laboral por incapacidad laboral*, que deberían ser amparadas por los Tribunales, si como consecuencia de aquéllas se produjera una lesión del derecho de modo real y efectivo.

#### B) El derecho a la información y el consentimiento

En las SSTS de 9 de marzo y 20 de abril de 2005, Ar. 4306 y 4312, se reitera (vid. STS de 26 de febrero de 2004, Ar. 3889) la necesidad del consentimiento informado; constituyendo su inexistencia un supuesto de mala praxis en sí, aunque para que dé lugar a responsabilidad —como ocurrirá en los dos casos a los que se refieren estas sentencias— el acto médico no informado debidamente habrá de derivarse un daño para el interesado.

### 7. SEGURIDAD PRIVADA

#### A) Competencia para la autorización de un servicio con armas a una entidad de crédito

La STS de 15 de marzo de 2005, Ar. 3298, anula y casa la Sentencia de 7 de diciembre de 2001, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de

Justicia del País Vasco en su recurso contencioso-administrativo 2042/1998, y por lo tanto estima el recurso contencioso-administrativo formulado por el Abogado del Estado, contra la Resolución del Viceconsejero de Seguridad del Departamento de Interior del Gobierno Vasco, por la que se autorizaba a una entidad bancaria para contratar con una empresa de seguridad autorizada para la realización de un servicio de vigilancia con armas en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Al efecto razona el Tribunal Supremo que en la Exposición de Motivos del Reglamento que desarrolla la Ley de Seguridad Privada se señala que “en relación con la determinación de las facultades que en materia de seguridad privada corresponden a las Comunidades Autónomas competentes para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento del orden público, el Reglamento, como no podía ser menos, se limita a desarrollar lo establecido en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 23/1992, de 30 de julio (RCL 1992, 1740)”. Esto es, el RSP de 1995 procede a desarrollar la atribución genérica competencial incluida en la Disposición Adicional de la Ley. Por ello se añade que “se continúa así en este ámbito la línea favorable a una interpretación amplia de las atribuciones de las Comunidades Autónomas, en relación con la definición que de la competencia autonómica sobre sus propios servicios policiales y sus funciones ha realizado la jurisprudencia constitucional [más concretamente la Sentencia 104/1989, de 8 de junio (RTC 1989, 104)]”.

Sin embargo la referencia a una “interpretación amplia de las atribuciones” no autoriza a entender transferidas a las Comunidades Autónomas todas las potestades de autorización, inspección y sanción sobre la materia de empresas privadas de seguridad. Así se deduce de la misma estructura del precepto que, en un total de 47 apartados va desgranando, con cita de los preceptos y sus correspondientes apartados reglamentarios, en los que se contienen las variadas y diferentes funciones que se transfieren a las Comunidades Autónomas, entre las que no se comprende el artículo 81 (en ninguno de sus dos apartados) ni las autorizaciones en el mismo previstas para la prestación de un servicio de seguridad con armas. Frente a ello la relación sí contiene, en su apartado 20, el otro supuesto contemplado en el Reglamento de prestación de servicio de vigilancia con armas, cual es el prestado por los guardas particulares del campo; inclusión bien expresiva de que el supuesto que aquí nos ocupa –servicio de vigilancia por vigilantes de seguridad, con armas–, de forma concreta y deliberada no se quiso incluir en la meticulosa relación permaneciendo la atribución competencial en el ámbito estatal.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA  
EDORTA COBREROS

**XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES****Sumario:**

**Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo.** A) Competencia: el fuero electivo previsto en el artículo 14.1 LJCA opera sólo dentro del ámbito territorial de competencias de un solo TSJ. B) Sujetos. a) Capacidad procesal: los sindicatos deben aportar el acuerdo previo del órgano competente para recurrir, aunque la falta de aportación de tal acuerdo constituye un defecto subsanable por la parte. b) Legitimación. a') No se puede impugnar un concurso sin haber participado en el mismo. b') No tiene interés legítimo en el debate sobre el precio la Administración titular de expropiación que delega la gestión de la misma en otra Administración territorial. c') Tiene legitimación el denunciante en materia de protección de datos. d') Legitimación activa de CCAA en el recurso de inconstitucionalidad. C) Objeto: es recurrible la desestimación presunta de la pretensión de declaración y certificación de caducidad de un expediente. D) Procedimiento. a) Demanda: pueden presentarse escritos de término conforme el artículo 135 LEC. b) Los emplazamientos deben realizarse, en todo caso, con independencia del resultado final del proceso. c) Prueba. a') No produce indefensión que la prueba sea practicada bajo supervisión de Magistrado que no haya sido ponente de la sentencia. b') Gastos de la prueba pericial. c') No se admiten los documentos aportados sin justificación ni referencia a los hechos sobre los que versa la prueba. d') La prueba no practicada no produce indefensión si falta la impugnación de la denegación de la prueba y la solicitud de vista o conclusiones. e') Produce indefensión no aceptar una prueba pericial practicada en el proceso y sí las conclusiones de otro informe emitido en procedimiento análogo no unido al presente y sobre el que las partes no han podido pronunciarse. f') El certificado municipal referido a informe emitido por técnico que no consta que sea funcionario no es un documento público. d) Sentencia: Motivación: no exige un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas. e) Extensión de efectos: no hay identidad de situaciones entre los funcionarios que han recurrido en tiempo y forma un acto administrativo expreso y los

que lo consintieron. f) Medidas cautelares: quedan sin objeto al dictarse sentencia en el proceso principal. **2. Recurso de casación: Cuantía: el tiempo transcurrido desde la elaboración del presupuesto no integra el valor económico de la pretensión. 3. Recurso de casación en interés de la ley: Naturaleza jurídica: el recurso de casación en interés de la ley no puede convertir al Tribunal Supremo en una suerte de órgano consultivo de las entidades legitimadas para interponerlo. 4. Recurso de revisión.** A) Motivos.

a) El documento recobrado se debe referir a la existencia física anterior, no a la mera información sobre su existencia. b) La recuperación de documentos no puede referirse a documentos posteriores.

## INTRODUCCIÓN

La presente crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el número 30 (febrero 2005) hasta el número 10 (julio 2005) en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, entre los que merecen ser destacados los relativos a la legitimación de las partes y los referentes a la prueba.

### 1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### **A) Competencia: el fuero electivo previsto en el artículo 14.1 LJCA opera sólo dentro del ámbito territorial de competencias de un solo TSJ**

Reiterada doctrina jurisprudencial (Sentencias, entre otras, de 16 y 24 de noviembre de 2000 y 18 de abril y 18 y 30 de mayo de 2001 y 26 de febrero y 3 de junio de 2003) viene declarando, en relación con la regla segunda del artículo 14.1 LJCA, que el fuero electivo previsto en la misma tiene su aplicación dentro del ámbito territorial de competencia de un solo Tribunal Superior de Justicia aunque en la demanda se invoquen sólo normas estatales, pues cuando el órgano que dictó el acto impugnado se incardina en una Comunidad Autónoma hay siempre aspectos reglados por la normativa autonómica, señaladamente los referentes a la competencia y posiblemente otros procedimentales, que potencialmente pueden ser objeto del pleito. El indicado fuero electivo debe entenderse, por tanto, referido, cuando se trata de recursos contra actos de las Entidades Locales o de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, a los órganos judiciales sitos en la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia en la que se halle también la sede del órgano administrativo autor del acto de que se trate.

Dada la doctrina jurisprudencial acabada de indicar, como en el caso analizado en la STS de 20 de noviembre de 2004, Ar. 8174, el acto originario, confirmado en alzada, fue dictado, en materia de sanciones, por un órgano, con sede en Granada, de la Comunidad

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

Autónoma de Andalucía, la competencia territorial discutida corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de la antes indicada Capital, en virtud de lo dispuesto en la regla primera del artículo 14.1 de la Ley de esta Jurisdicción.

### B) Sujetos

#### a) Capacidad procesal: los sindicatos deben aportar el acuerdo previo del órgano competente para recurrir, aunque la falta de aportación de tal acuerdo constituye un defecto subsanable por la parte

Tal y como señala la STS de 3 de diciembre de 2004, Ar. 754 de 2005, la exigencia del acuerdo para recurrir ha venido reiterándose por la jurisprudencia en Sentencias de 1 de julio y 26 de octubre de 1996 y 20 de enero de 1997, 31 de marzo de 1998 y 20 de abril de 1999 y 18 de noviembre de 1999, entre otras, cuando se trata del ejercicio de acciones por entidades cuya manifestación de la voluntad de recurrir se plasma en la correspondiente decisión adoptada por el órgano competente para ello. En tal sentido y respecto de los Sindicatos, la Sentencia de 24 de enero de 1997 señala, que “la ‘Confederación, SF’ debió aportar la justificación de haber adoptado el pertinente acuerdo para el ejercicio de la acción, con lo que hubiera subsanado el defecto advertido, aun cuando el acuerdo fuese de fecha posterior a la interposición del recurso. No lo ha hecho así y por tanto el recurso incurre en la causa de inadmisibilidad...”, añadiendo la Sentencia de 25 de septiembre de 2003, que “reiterada jurisprudencia de esta Sala (por todas, las Sentencias de 14 y 21 de junio, 14 de noviembre y 13 de diciembre de 1990, 1 de febrero, 25 de marzo, 6 de mayo y 24 de septiembre de 1991 y 13 de diciembre de 1994 de esta misma Sección) ha consolidado una doctrina jurisprudencial en el sentido que en ausencia del Acuerdo y de los Estatutos del Sindicato en cuyo nombre se actúa, no puede decidirse el problema de la imputación jurídica atribuyendo la interposición del recurso realizada por un apoderado, cuando está clara la falta de acreditación de la representación del Sindicato”. Por su parte en Sentencia de 31 de enero de 1997 se precisa que “En Sentencia de 12 de junio de 1995, hemos indicado que: ‘En alguna ocasión, como hemos recordado, por ejemplo, en Sentencia de 14 de febrero de 1990, se ha querido ver en el artículo 24 de la Constitución una cierta relajación de este requisito procesal. Sin embargo entendemos que en nada ha sido afecto por el precepto constitucional que consagra el derecho a una tutela judicial efectiva, porque al ser ésta rogada en el ámbito del proceso contencioso-administrativo, lo primero que es necesario aclarar es si la persona jurídica interesada ha solicitado dicha tutela, lo que, a su vez, precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, porque en otro caso se corre el peligro de que se origine un litigio no querido por la entidad que figure como recurrente’.”

Por lo demás, es también jurisprudencia constante, de la que son muestra las Sentencias de 13 de mayo de 1997, 1 de marzo de 1999 y 20 de abril de 1999, que la falta de aportación de tal acuerdo constituye un defecto subsanable por la parte, que en el ámbito temporal de la Ley de Jurisdicción de 1956, aplicable al caso, podía tener lugar en los diez días siguientes a la notificación del escrito que contenga la alegación del defecto o carencia (artículo 129.1), en este caso la contestación a la demanda, en el trámite del artículo

69.3 o en trámites posteriores como el de conclusiones, de manera que la falta de subsanación, habiendo tenido oportunidad para ello, determina la inadmisión del recurso.

## **b) Legitimación**

### **a') No se puede impugnar un concurso sin haber participado en el mismo**

Aun cuando es cierto que conforme a doctrina reiterada es suficiente la existencia de un interés legítimo para estar legitimado a los efectos de interponer un recurso contencioso-administrativo, la **STS de 7 de diciembre de 2004**, Ar. 581 de 2005, nos recuerda que cuando se trataba de impugnar un acuerdo resolutorio de un concurso, por parte de personas que no habían participado en el mismo, la regla general es que sólo pueden estar legitimados los que participan en el concurso, aunque la Sala de Instancia por apreciar un interés legítimo en alguno de los recurrentes, les admitió la legitimación por razón de ser titulares de alguna explotación que podía resultar afectada por el resultado del concurso y la denegó a quienes no reunían tal condición, por estimar que podían haber recurrido las empresas a que estaban afectos. Y sobre esas valoraciones de la Sala de Instancia, que se apoyan, en los hechos y datos que las actuaciones muestran, los hoy recurrentes no han hecho alegación o crítica alguna de esa valoración de la sentencia recurrida y por tanto a ella se ha de estar máxime cuando ya apreció adecuadamente la sentencia recurrida la incidencia aquí del interés de los recurrentes. A lo anterior, cabe agregar, que la legitimación de los recurrentes estaría ciertamente justificada, si se hubiera impugnado, el concurso o el acto que lo posibilita, pero no cuando consienten uno y otro, y la impugnación se refiere a la adjudicación del concurso sin haber participado en el mismo.

### **b') No tiene interés legítimo en el debate sobre el precio la Administración titular de expropiación que delega la gestión de la misma en otra Administración territorial**

La **STS de 25 de enero de 2005**, Ar. 726, al plantearse la duda de si la Corporación recurrente resignó el ejercicio de su potestad expropiatoria en la Comunidad de Madrid, reconoce que, en todo caso, la cuestión es irrelevante puesto que de lo que se trata es de conocer si la Corporación recurrente tiene interés, y, por tanto, legitimación en un proceso donde lo que está en cuestión no es su potestad expropiatoria y su ejercicio, o la gestión de la misma, sino la valoración por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa del justo precio del bien concreto expropiado.

En este supuesto que es el contemplado por la Sentencia recurrida la Administración expropiante carece de interés directo porque el precio a satisfacer cuando existe un beneficiario de la expropiación como ocurre en este caso en el que además concurre la condición de persona jurídica privada, sociedad mercantil, que ha de abonar el precio que haya convenido con el expropiado o el fijado por el órgano de valoración de aquél, sin que se haya planteado cuestión alguna sobre posibles responsabilidades de la Administración expropiante por demora en la tramitación del expediente expropiatorio, como expresa el

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

artículo 5 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, es claro que es algo ajeno a su potestad y por tanto para lo que carece de legitimación porque es una relación entre beneficiario y expropiado a la que es ajena.

### c') Tiene legitimación el denunciante en materia de protección de datos

La mera lectura del artículo 17 LORTAD (de 1992) basta para convencerse de que, aunque la regla general en derecho español sea, efectivamente, la de que el denunciante carece de legitimación para discutir las resoluciones administrativas o judiciales que puedan recaer en relación con los hechos denunciados, para la **STS de 28 de diciembre de 2004**, Ar. 1121 de 2005, es patente que el citado precepto de la Ley Orgánica citada, contiene una excepción a dicha regla general. En el caso analizado, lo que la parte recurrente denuncia no es que el Banco haya facilitado al Juez los datos relativos al período que se fijaba en el requerimiento, sino que se haya excedido en lo que sería cesión legal de datos, al haber facilitado datos correspondientes a un período nueve meses mayor. El texto del artículo invocado contiene una regla de legitimación específica en favor del denunciante establecida por ley que no contradice pero excepciona la doctrina jurisprudencial que cita la sentencia impugnada.

### d') Legitimación activa de CCAA en el recurso de inconstitucionalidad

El Tribunal Constitucional ha precisado la legitimación activa de las Comunidades Autónomas en el recurso de inconstitucionalidad, con doctrina aplicable al recurso contencioso-administrativo, visto que en ambos casos las normas aplicables exigen el mismo requisito, a saber, que la disposición impugnada “afecte al ámbito de su autonomía” [artículos 32.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre y 19.1.d) de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio].

Pues bien, la STC 96/2002, de 25 de abril, contiene la siguiente doctrina: “Antes de enjuiciar el fondo de las cuestiones objeto de este proceso constitucional debemos dar respuesta a la objeción de procedibilidad formulada por el Abogado del Estado, relativa a la falta de interés de la Comunidad Autónoma recurrente para interponer el presente recurso de inconstitucionalidad. Se fundamenta el Abogado del Estado en que, a su juicio, no guarda el recurso ninguna conexión con las competencias de la Comunidad ni con precepto alguno de su Estatuto de Autonomía, por impugnarse una norma que concierne a los regímenes fiscales de Navarra y el País Vasco y a determinados derechos que se reconocen a residentes en la Unión Europea que operen en dichas Comunidades, tanto más cuanto simplemente se alegan presuntas vulneraciones del orden constitucional general, que afectarían por igual a todas las Comunidades Autónomas (fraude o deslealtad constitucional), y vulneraciones del principio de igualdad y de interdicción del arbitrariedad que no tienen relación, tal y como están formuladas, con los presupuestos de la autonomía. Pues bien, aunque es cierto que hemos venido entendiendo la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer un recurso de inconstitucionalidad [conforme a los artículos 162.1.a) CE y 32.2 LOTC como referida a las normas que afecten a dichas Comunidades ‘en el ámbito derivado de las facultades correspondientes a sus intereses peculiares’ (STC 25/1981, de 14 de julio FJ 3º, y, en igual sentido, la STC 84/1982, de

23 de diciembre FJ 2º), también lo es que dicha legitimación ha sido entendida ‘en los mismos términos y con la misma amplitud’ que la del resto de los sujetos contemplados en los anteriores artículos, al haberles sido reconocida a cada uno de ellos ‘no en atención a su interés, sino en virtud de la alta cualificación política que se infiere de su respectivo cometido constitucional’ [SSTC 5/1981, de 13 de febrero FJ 3º; 180/2000, de 19 de junio FJ 2.a), y 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 2º]. Estos artículos las habilitan, entonces, para acudir ante este Tribunal Constitucional no sólo en defensa de sus competencias autonómicas respecto de las cuales se haya producido una invasión o restricción *ope legis* y, por tanto, hayan sido menoscabadas –directa o indirectamente– por el Estado, sino también en protección de cualquiera de las garantías que tanto la Constitución como el correspondiente Estatuto de Autonomía les confieren como presupuesto y base de su propio ámbito de autonomía, ora por atribuirles determinadas facultades, ora por imponerles ciertos mandatos (SSTC 84/1982, de 23 de diciembre, FJ 1º, y 62/1990, de 30 de marzo, FJ 2º). Así las cosas, las Comunidades Autónomas se encuentran legitimadas para interponer un recurso de inconstitucionalidad cuando tienen un interés para recurrir conforme a los criterios expuestos, operando entonces su haz de competencias como una plasmación positiva de su ámbito propio de autonomía y como punto de conexión entre la legitimación y el interés (STC 84/1982, de 25 de diciembre, FFJJ 1º y 2º, y 62/1990, de 30 de marzo, FJ 2º). No hay que olvidar que cuando una Comunidad Autónoma impugna una Ley está ‘poniendo de manifiesto la existencia de un interés público objetivo en que el Tribunal Constitucional desarrolle su función de garantizar la supremacía de la Constitución mediante el enjuiciamiento de la Ley impugnada’ [STC 86/1982, de 23 de diciembre, FJ 2º, citada, al efecto, por la STC 180/2000, de 19 de junio, FJ 2.a)]. Conforme a la anterior doctrina, y como dijimos, por ejemplo, en la STC 84/1982, de 23 de diciembre, basta partir de la atribución de una competencia exclusiva (en aquel caso, sobre régimen local a favor de la Generalidad, dado el tenor del artículo 9.8 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, como es la prevista en el artículo 8.1.2 del Estatuto de Autonomía de La Rioja, relativa al ‘fomento del desarrollo económico de La Rioja dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional’, o la de desarrollo legislativo contemplada en el artículo 9.1.2, sobre ‘la ordenación y planificación de la actividad económica regional’, para encontrar una base suficientemente legitimadora de los órganos de la Comunidad Autónoma de La Rioja a fines de impugnación de un precepto legal referido a la ‘política económica nacional’, que incide en el propio ámbito de su autonomía. Es oportuno señalar que cuando la Constitución reconoce a las Comunidades Autónomas –en sus artículos 137 y 156– autonomía para la gestión de sus respectivos intereses lo hace tanto en el sentido de reconocerles la autonomía política como la financiera. La primera, es un ‘principio que preside la organización territorial del Estado’ (SSTC 135/1992 de 5 de octubre, FJ 8º, y 192/2000, de 13 de julio, FJ 7º) y, por consiguiente, ‘uno de los pilares básicos del ordenamiento constitucional’ (SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3º, y 104/2000, de 13 de abril, FJ 4º) que ‘exige que se dote a cada ente de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el interés respectivo’ (STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 3º, con cita de la STC 4/1981, de 2 de febrero). Su autonomía política y, en consecuencia, su capacidad de autogobierno se manifiesta, entonces, ‘en la capacidad para elaborar sus propias políticas públicas en las materias de su

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

competencia' (STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 7º), lo que conduce a entender que esa autonomía para 'la gestión de sus respectivos intereses' ofrece una vertiente económica importantísima ya que, aun cuando tenga un carácter instrumental o programático [STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1.B)], la amplitud de los medios determina la posibilidad real de alcanzar los fines (STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 8º). Por su parte, la autonomía financiera (reconocida también para la Comunidad Autónoma de La Rioja en el artículo 32 EALR), como instrumento indispensable para la consecución de la autonomía política, implica tanto la capacidad de las Comunidades Autónomas para establecer y exigir sus propios tributos como su aptitud para acceder a un sistema adecuado —en términos de suficiencia— de ingresos, conforme a lo dispuesto en los artículos 133.2 y 157.1 CE. La autonomía financiera de los entes territoriales va, entonces, estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas; es decir, para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía constitucionalmente reconocida en los artículos 137 y 156 CE (SSTC 104/2000, de 13 de abril, FJ 4º, y las por ella citadas; y 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 3º). Según lo expuesto, no es admisible la objeción de procedibilidad alegada por el Abogado del Estado, por cuanto no cabe duda del interés legítimo que sobre los efectos de la norma impugnada tiene la Comunidad Autónoma recurrente, pues su aplicación produce el efecto (el llamado 'efecto frontera') de estimular el traslado de actividades económicas de territorio común a territorio foral, con lo cual se está incidiendo directa e inequívocamente en su autonomía financiera y, en consecuencia, en 'su propio ámbito de autonomía' (ATC 155/1998, de 30 de junio, FJ 2º)".

En consecuencia, la **STS de 19 de enero de 2005**, Ar. 1093, considera que la Comunidad Autónoma de Cantabria tiene legitimación para impugnar una norma que le afecta en materia de su competencia como es la de transportes terrestres, que la tiene como exclusiva según el artículo 24.6 de su Estatuto de Autonomía, cuando el itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad. La medida adoptada por el Gobierno Vasco, aunque se trate de materia de circulación y seguridad vial, afecta sin duda a la materia de transportes terrestres y buena prueba de ello es que podría ser impugnada por cualquier transportista privado, con el solo título de su interés legítimo. El acto impugnado es bifronte, pues afecta a la seguridad vial y a la circulación, pero también, y muy directamente, a los transportes terrestres.

### **C) Objeto: es recurrible la desestimación presunta de la pretensión de declaración y certificación de caducidad de un expediente**

Cuando lo que se solicita no es que se resuelvan unas alegaciones hechas en el expediente administrativo, sino que se declare y se certifique la caducidad del expediente administrativo, por no haberse resuelto en determinado plazo, ésta es una petición que será o no acertada, pero su desestimación por silencio da lugar a un acto administrativo perfectamente recurrible según la **STS de 18 de enero de 2005**, Ar. 713, que es el referente a si el expediente ha incurrido o no en caducidad.

**D) Procedimiento****a) Demanda: pueden presentarse escritos de término conforme el artículo 135 LEC**

El artículo 135.1 de la nueva LEC dispone que “Cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en la Secretaría del tribunal o, de existir, en la oficina o servicio de registro central que se haya establecido”. Y aquel Acuerdo dio nueva redacción, entre otros, al artículo 41 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, que quedó entonces redactado como sigue: “Los Juzgados de Instrucción que presten el servicio de guardia no admitirán la presentación de escrito alguno dirigido a otros órdenes jurisdiccionales”.

Ese artículo 41 permitía, en su redacción originaria, la recepción en los Juzgados de guardia (en sus oficinas, o en el llamado “buzón fechador”, si éste existía) de los escritos cuya presentación esté sujeta a plazo perentorio, siempre que en la circunscripción judicial no estuviera organizado de modo independiente un servicio específico con tal finalidad y siempre que el escrito en cuestión se dirigiera a cualesquiera otros órganos jurisdiccionales de la misma sede y tuvieran entrada en aquel Juzgado una vez concluida la jornada de trabajo del órgano destinatario.

Tales cuestiones, pueden entenderse resueltas a la luz de lo que el Tribunal Supremo dijo en sus autos de 8 de mayo (recurso de queja número 231/2002) y 26 de junio de 2003 (recurso de queja número 114/2002), y en sus Sentencias de 2 de diciembre de 2002 (recurso de casación para la unificación de doctrina número 101/2002), 5 (recurso de casación 4339/2002) y 28 de abril de 2004 (recurso de casación número 2816/2002); resoluciones estas oportunamente recordadas por la **STS de 1 de febrero 2005**, Ar. 1013, en las que se concluye que en el proceso contencioso-administrativo puede efectuarse en la forma prevista en aquel artículo 135.1 la presentación de los escritos de término.

**b) Los emplazamientos deben realizarse, en todo caso, con independencia del resultado final del proceso**

La **STS de 17 de marzo de 2004**, Ar. 2261 de 2005, ha determinado que la Sala de instancia debió emplazar a los promotores del Plan Parcial, porque la posible estimación del recurso contencioso-administrativo habría de basarse en el argumento de que las obligaciones les correspondían a ellos, cosa que no podía concluirse sin su presencia en el proceso (artículos 24 CE y 49 LJCA).

Es cierto que la desestimación del recurso contencioso-administrativo no afectaba a los promotores, pero los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo no pueden elegir entre emplazar o no emplazar según que se vaya a estimar o a desestimar el recurso contencioso-administrativo, y dejar de hacerlo cuando se desestime, porque de esa forma se deja mal constituida la relación jurídico-procesal y se olvida que el Tribunal Supremo puede en vía del

## **XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales**

recurso llegar a conclusión contraria y verse entonces en la imposibilidad de hacerlo sin conculcar el derecho a la tutela judicial efectiva de quienes tuvieron que ser llamados a pleito.

### **c) Prueba**

**a') No produce indefensión que la prueba sea practicada bajo supervisión de Magistrado que no haya sido ponente de la sentencia**

La STS de 22 de noviembre de 2004, Ar. 8016 de 2005, niega que se produzca una violación del principio de inmediación procesal a través de la infracción de lo dispuesto en los artículos 137 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 24 de la Constitución y 229.2 de la LOPJ, por haberse practicado las pruebas en la instancia bajo la supervisión del magistrado que no haya sido Ponente de la sentencia, o por la falta de participación en el Tribunal sentenciador del magistrado que intervino en la práctica de la prueba. Y ello es así porque lo cierto es que ninguna de las normas citadas, o de cualquier otra índole, impone la obligación de que coincida el miembro del Tribunal que hubiese podido presidir la práctica de la prueba y con los que compongan la Sala o Sección que ha de sentenciar en la instancia. Y tampoco se considera obligada la continuidad del mismo Ponente a lo largo de todo el proceso.

Confunde en este extremo la recurrente la necesaria presencia judicial en los actos de prueba con la eventualidad, perfectamente lógica y razonable, de que no sean las mismas personas que presidieron su práctica las que hayan de pronunciarse sobre la resolución final de la instancia. Confunde igualmente el deber de notificar los cambios de Ponente en la causa que preceptúa el artículo 203 de la LOPJ, con la posibilidad de que, aunque sea el Magistrado que en aquel momento desempeñe la función de Ponente el que deba presidir los actos y diligencias de prueba, pueda acordarse el cambio de Ponente durante la tramitación del proceso, designando en su lugar a otro de los Magistrados que forman parte del Tribunal y haciéndoselo saber a la parte.

**b') Gastos de la prueba pericial**

Para la STS de 18 de marzo de 2004, Ar. 2262 de 2005, cuando la falta de práctica de la prueba viene motivada por la conducta de la propia recurrente que se negó a abonar al perito el 50% de los honorarios de éste tal y como había sido establecido en auto firme y ello pese a que el recurrente fue quien propuso la prueba pericial en cuestión, se infringe el deber de la parte de atender a los gastos que se causen a su instancia en el proceso que resulta del artículo 14 del Estatuto General de los Procuradores y del artículo 5.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aplicable por razón de fechas, pago que deberá efectuarse cuando se produzca su devengo y ello sin perjuicio de lo que puede resolverse en el proceso en materia de costas.

**c') No se admiten los documentos aportados sin justificación ni referencia a los hechos sobre los que versa la prueba**

La STS de 27 de octubre de 2004, Ar. 427 de 2005, analiza un supuesto en el que la actora no acompañó con la demanda los documentos que luego, ya en período probato-

rio, aportó, ni tampoco llegó a expresar en ese escrito que tales documentos, que ni tan siquiera identificaba, no obraran entonces en su poder; con lo cual, si en ellos fundaba directamente su derecho, habría incumplido lo que exigía el artículo 69.2 LJCA entonces vigente, con la consecuencia expresada en el número 3 del mismo artículo, en relación con lo dispuesto en el artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior a la hoy en vigor. Tampoco expresó en la solicitud de recibimiento del proceso a prueba los puntos de hecho sobre los que habría de versar ésta, incumpliendo así lo exigido en el artículo 74.2 de aquella Ley de la Jurisdicción. Exigencias, las indicadas, cuyo incumplimiento no es irrelevante ni constituyen un formalismo carente de razón, pues se establecen a fin de propiciar la posibilidad del ejercicio sin trabas del derecho de defensa que asiste a la parte demandada. Además, al aportar tales documentos ya en el período probatorio, en cuyo momento tampoco dijo nada sobre la razón por la que entonces los aportaba, lo hizo sin acompañar su traducción y sin hacer indicación alguna de la razón por la que no la acompañaba, olvidando así lo dispuesto en el artículo 601 de aquella Ley de Enjuiciamiento Civil y, también, que el derecho a intérprete que *ex lege* se confiere a los solicitantes de asilo lo es para la formalización de su solicitud y durante todo el procedimiento administrativo (artículo 8.4 del Reglamento para la aplicación de la Ley 5/1984, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero). Tampoco ofreció explicación alguna sobre las causas de la aportación en ese momento y sin esa traducción cuando recurrió en súplica la resolución que denegó la prueba pericial de traducción de los repetidos documentos que había propuesto. Ni en su escrito de conclusiones, en el que ya para nada se refiere a la prueba denegada ni a su transcendencia para la decisión del litigio, lo cual no es en este caso irrelevante, pues ese silencio puede ser entendido como muestra de conformidad o de no discrepancia con la razón que ofreció la Sala de instancia al desestimar aquel recurso de súplica, expresada en estos términos: “toda vez que la traducción instada, hace referencia a documentos explicativos de las circunstancias genéricas existentes en Armenia, siendo doctrina jurisprudencial reiterada, que la solicitud de asilo, nunca puede fundarse en situaciones genéricamente contempladas en su país, sino perfectamente individualizadas en relación al solicitante”. En suma, si aquellos documentos no hubieran llegado a ser valorados por la Sala de instancia, ello no sería sino debido a la conducta procesal observada por la actora, que impide apreciar la concurrencia de los dos presupuestos del motivo de casación que examinamos, cuales son: la infracción por dicha Sala de las normas que rigen los actos y garantías procesales, de un lado, y la producción, por la repetida Sala, de una situación de indefensión, por otro.

**d’) La prueba no practicada no produce indefensión si falta la impugnación de la denegación de la prueba y la solicitud de vista o conclusiones**

La STS de 8 de noviembre de 2004, Ar. 561 de 2005, estudia el supuesto de que la Sala de instancia, con apoyo en el artículo 62.1 LJCA, en la misma providencia en que declaró concluso el período probatorio, y puesto que ninguna de las partes había solicitado la celebración de vista ni trámite de conclusiones, declaró concluso el recurso señalando fecha para debate, votación y fallo de la sentencia. La parte recurrente había solicitado, además de la pericial, la práctica de documental, prueba que fue admitida por la Sala de instancia

## **XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales**

y, aunque en los autos figura copia del acuerdo de la Sala de instancia ordenando librar el oportuno oficio, así como el acuse de recibo del mismo, al comprobar que tampoco esta documental figuraba en las actuaciones, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con suspensión del plazo para dictar sentencia, acordó dirigir a la Sala de instancia oficio reclamando el ramo de prueba, y, en su caso, escrito de conclusiones, si lo hubiere. La Sala de instancia contestó que en su día se había remitido a este Tribunal la integridad de lo actuado. Queda claro, por tanto, que no sólo es que la parte recurrente no impugnó la providencia que denegó la pericial solicitada, es que tampoco ha formulado objeción alguna a la no remisión por la Administración de los documentos cuya incorporación a las actuaciones había solicitado. Por otra parte, es claro también que no pidió a la Sala de instancia que hiciera uso de la potestad que confiere a la misma el artículo 62.4 de acordar, excepcionalmente y atendida la índole del asunto, la celebración de vista ni el escrito de conclusiones, ni tampoco solicitó la subsanación de falta o transgresión de ningún tipo —por ejemplo, la de no haberse incorporado a los autos la documental admitida por la Sala y no remitida por la Administración— y oportunidad tuvo de hacerlo, porque pudo muy bien alegar ese defecto cuando se le notificó la conclusión del período de prueba, y no lo hizo. En consecuencia, en modo alguno puede decirse que se le haya causado indefensión.

**e') Produce indefensión no aceptar una prueba pericial practicada en el proceso y sí las conclusiones de otro informe emitido en procedimiento análogo no unido al presente y sobre el que las partes no han podido pronunciarse**

Según la **STS de 21 de octubre de 2004**, Ar. 293 de 2005, se infringe lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución, cuando después de rechazarse la prueba pericial practicada en el proceso, la sentencia hace suya la prueba pericial de otro recurso practicada por perito de la que no existe constancia en los autos y que afirma la parte recurrente que tampoco es conocida por dicha parte, lo que evidentemente genera indefensión al recurrente que desconoce el contenido de dicha prueba. En este caso se ha infringido, por tanto, dicha norma constitucional ocasionando una indefensión a la recurrente que ha de ser corregida anulando lo actuado para que por la Sala de instancia se incorpore a las actuaciones el informe pericial a que se refiere el fundamento de derecho segundo, párrafo segundo, de la sentencia recurrida y se conceda a las partes el trámite de alegaciones por plazo de tres días acerca de su alcance e importancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61.4 LJCA.

**f') El certificado municipal referido a informe emitido por técnico que no consta que sea funcionario no es un documento público**

La **STS de 11 de noviembre de 2004**, Ar. 298 de 2005, analiza la naturaleza jurídica del documento que contiene simplemente un informe obtenido en período procesal probatorio y en el que, con fecha de 2 de marzo de 1998, un aparejador de la denominada Mancomunidad Hoya-Somontano emite su opinión “a petición del Ayuntamiento y a solicitud de construcciones SA” sobre determinados aspectos de las fincas objeto de expropiación, en cuyo informe, sin referencia a apoyo documental alguno, se hace constar que la primera de las fincas antes referidas está clasificada como suelo no urbanizable, Z-5-A, implantación de servicios, correspondiendo a la segunda de dichas parcelas la clasificación como suelo

apto para urbanizar “Área A” y parte en suelo no urbanizable donde se desarrolla el campo de Golf gravado con derecho a superficie a favor del Ayuntamiento.

A tal documento, según la resolución comentada, no puede dársele el valor de documento público ya que se ignora la condición del aparejador que lo emite, que, desde luego, no es el técnico o aparejador al servicio del Ayuntamiento que en el expediente emitió informe, sino que lo hace como aparejador de una ignorada y desconocida “Mancomunidad Hoya-Somontano” y, por otra parte, en el mismo solamente se recoge la opinión del que lo suscribe, que no tiene apoyo en elemento documental alguno. Es por ello aplicable al presente caso la doctrina contenida en la STS de 14 de julio de 2003 conforme a la cual dicho documento tendría virtualidad teórica como medio de prueba, pero sin el valor certificante que corresponde a los documentos expedidos por funcionarios cuya intervención les dota de fehaciencia, o que son extendidos con el valor certificante derivado de la constancia en registros públicos.

Cuando se informa sobre datos suministrados por agentes de la autoridad o por los propios conocimientos que se posee, el Alto Tribunal, como se recoge en dicha sentencia, ha declarado reiteradamente que no puede atribuirse al correspondiente documento de constancia de tal informe el valor certificante ni la consideración de documento público que deriva de los artículos 596 y 597 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil y 1216 y 1258 del Código Civil (artículos 319 y 320 de la actual Ley de Enjuiciamiento de 2000), aunque sí pueda ser objeto de valoración como tal informe.

#### **d) Sentencia: Motivación: no exige un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas**

La STS de 28 de septiembre de 2004, Ar. 8164 de 2005, nos recuerda, en relación con la falta de motivación, la STC 6/2002, de 14 de enero, que establece que “la obligación de motivar las Sentencias no es sólo una obligación impuesta a los órganos judiciales por el artículo 120.3 CE, sino también, y principalmente, un derecho de los intervinientes en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24.1 CE, que únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Es por lo tanto –y sobre todo– una garantía esencial para el justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad. En conclusión, una Sentencia que no dé respuesta a las cuestiones planteadas en el proceso, o de cuyo contenido no puedan extraerse cuáles son las razones próximas o remotas que justifican aquélla, es una decisión judicial que no sólo viola la Ley, sino que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (por todas, SSTC 13/1987, de 5 de febrero, FJ 3º; 56/1987, de 14 de mayo, FJ 3º; 14/1991, de 28 de enero, FJ 2º; 122/1991, de 3 de junio, FJ 2º; 165/1993, de 18 de mayo, FJ 4º; 122/1994, de 25 de abril, FJ 5º; 5/1995,

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

de 10 de enero, FJ 3º; 115/1996, de 25 de junio, FJ 2º, 79/1996, de 20 de mayo, FJ 3º; 50/1997, de 18 de marzo, FJ 4º y 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4º”.

Sin embargo, por otra parte, y como contrapeso de las anteriores afirmaciones, también se señala, en la STC 301/2000, de 13 de noviembre, que “el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla. En fin, la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, requiriendo por el contrario examinar el caso concreto para comprobar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, la resolución judicial impugnada ha cumplido o no este requisito (SSTC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4º; 154/1995, de 24 de octubre, FJ 3º; 66/1996, de 16 de abril, FJ 5º; 115/1996, de 25 de junio, FJ 2º; 116/1998, de 2 de junio, FJ 3º; 165/1999, de 27 de septiembre, FJ 3º)”; añadiendo la STC 187/2000, de 10 de julio, que “no existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, FJ 2º; 187/1998, de 28 de septiembre, FJ 9º; 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3º y 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 3º)”.

Como se ha expresado con la anterior cita jurisprudencial, el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo requiere que se dé una respuesta expresa a las pretensiones de las partes, sino que, además, dicha respuesta ha de estar suficientemente motivada, ya que ello se trata de una exigencia implícita en el propio artículo 24.1 CE que se hace patente en una interpretación sistemática de este precepto en relación con el artículo 120.3 CE, pues en un Estado de Derecho hay que dar razón del Derecho judicialmente interpretado y aplicado. Sin embargo, el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla.

En el supuesto analizado en la resolución comentada tal específica motivación ha existido en relación con los concretos planteamientos del recurrente, tienen coherencia y razonabilidad en relación con los mismos y resultan comprensibles y adsequibles desde una perspectiva jurídica, sin que las respuestas dadas se muevan en el terreno de la generalidad ya que, mas al contrario, en sus diversos aspectos las respuestas se producen a la vista de las concretas circunstancias concurrentes. Las respuestas dadas pueden ser correctas, o no, y resultar del gusto, o no, del recurrente, mas lo que no ofrece duda alguna es que las respuestas dadas resultan motivadas, coherentes y razonables.

**e) Extensión de efectos: no hay identidad de situaciones entre los funcionarios que han recurrido en tiempo y forma un acto administrativo expreso y los que lo consintieron**

El primer requisito exigido por el artículo 110.1 LJCA para que pueda acordarse la extensión de los efectos de una sentencia firme es 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, como señala la **STS de 15 de febrero de 2005**, Ar. 1022, deben ser no iguales o equivalentes sino idénticas y no son idénticas dichas situaciones cuando uno interpuso recurso contencioso-administrativo en tiempo contra un determinado acto administrativo y otro consiente dicha Resolución y, cuando conoce que el recurso promovido por el primero había prosperado, trata de prescindir de ese consentimiento prestado a la resolución administrativa, al no recurrirla, pretende reabrir el plazo para conseguir los mismos efectos que si la hubiesen impugnado en tiempo y acude para ello al artículo 110 de la Ley de la Jurisdicción.

El artículo 110 de la Ley 29/1998 tiene por finalidad evitar la multiplicación de procesos sobre idénticas situaciones jurídicas en materia tributaria y de personal al servicio de la Administración Pública y tiene su aplicación, en cuestiones de personal, cuando un determinado colectivo o grupo de funcionarios se encuentra en idéntica situación respecto a sus retribuciones, encuadramiento en un Grupo de clasificación, niveles que se les asignan, complementos a los que se creen con derecho, igualdad que reclaman respecto a otro grupo o colectivo de funcionarios por la igualdad de sus servicios, u otros supuestos semejantes que pueden presentarse en el desarrollo de la relación estatutaria, pero sin que haya existido previamente un acto administrativo que les haya exigido una conducta determinada que ha realizado sin interponer recurso contra el acto en cuestión, consinténdolo 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.

En suma, el artículo 110 de la Ley 29/1998 no permite considerar que se encuentran en idéntica situación jurídica los funcionarios que han recurrido en tiempo un acto administrativo expreso que les exigía determinada conducta y aquellos otros que lo han

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

consentido, al no impugnarlo en tiempo, por lo que existe infracción del artículo 110 de la Ley de la Jurisdicción.

### f) Medidas cautelares: quedan sin objeto al dictarse sentencia en el proceso principal

La STS de 20 de enero de 2004, Ar. 2248 de 2005, nos recuerda la doctrina sentada, entre otros muchos, por el ATS de 13 de diciembre de 1989 y más recientemente los de 7 de octubre de 1996, 13 de junio de 1997, 1 y 24 de abril de 1998 y 4 de octubre de 1999, de que la suspensión de la ejecutividad de los actos recurridos es una medida provisional establecida para garantizar la efectividad de la sentencia que en su día pueda recaer en el proceso principal, por lo que dictada ésta, es claro que el recurso carece de objeto y procede acordar su archivo. Así, el TS viene reiterando (entre otras, en las Sentencias de 23 de septiembre y 21 de noviembre de 1995 y 28 de octubre de 2003) que “en los supuestos de haberse pronunciado sentencia, aunque ésta no sea firme por haber sido recurrida en casación, al ser susceptible de ejecución, carece de significado la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, ya que no se está ante la ejecutividad de éste sino ante la ejecución de una sentencia recurrible en casación, de manera que, una vez pronunciada sentencia por la Sala de instancia, huelga cualquier consideración o resolución sobre la suspensión o no de la ejecución del acto, pues únicamente cabe solicitar la ejecución de la sentencia firme o, si ésta no lo fuese por haberse preparado recurso de casación, pedir al Tribunal de instancia que acuerde su ejecución provisional o anticipada”.

En coherencia con semejante doctrina, esta misma Sala en numerosas sentencias (entre otras, las de 27 de junio y 16 de octubre de 1996 y 28 de octubre y 18 de noviembre de 2003) y autos (entre otros, el de 9 de julio de 1998) tiene declarado que “el recurso de casación pendiente contra el auto dictado en la pieza separada de medidas cautelares queda sin objeto una vez dictada sentencia, sea o no firme, en los autos principales.”

### 2. RECURSO DE CASACIÓN: CUANTÍA: EL TIEMPO TRANSCURRIDO DESDE LA ELABORACIÓN DEL PRESUPUESTO NO INTEGRA EL VALOR ECONÓMICO DE LA PRETENSIÓN

El ATS de 8 de julio de 2004, Ar. 8158 de 2005, no admite las alegaciones de que para determinar la cuantificación económica debe tenerse en cuenta el aumento de los costes de construcción pues una cosa es el presupuesto inicial y otra el coste final. Tales alegaciones no pueden prosperar pues no cabe desconocer que, conforme al artículo 41.1 de la vigente Ley Jurisdiccional, la cuantía del recurso contencioso-administrativo viene determinada por el valor económico de la pretensión objeto del mismo, valor que en casos como el que analiza la resolución comentada viene representado por el importe de las obras cuya licencia ha sido anulada. A lo que ha de añadirse que, como ya ha señalado el ATS de 24 de marzo de 2003, recaído en un asunto análogo al que ahora se examina, el tiempo transcurrido desde la elaboración del presupuesto no integra el valor de la pretensión ejercitada. Además, el hecho de que la Sentencia, cuya inexecución se solicitó en la instancia, haya sido objeto de recurso de casación –interpuesto y tramitado conforme

a la Ley Jurisdiccional anteriormente vigente— no impide que ahora deba aplicarse lo establecido en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuando señala que el régimen de los distintos recursos de casación regulados en esta Ley será de plena aplicación a las resoluciones de las Salas de lo Contencioso-Administrativo que, como ésta, se dicten con posterioridad a su entrada en vigor.

### **3. RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY: NATURALEZA JURÍDICA: EL RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY NO PUEDE CONVERTIR AL TRIBUNAL SUPREMO EN UNA SUERTE DE ÓRGANO CONSULTIVO DE LAS ENTIDADES LEGITIMADAS PARA INTERPONERLO**

La STS de 29 de septiembre de 2004, Ar. 7581 de 2005, nos recuerda que el recurso de casación en interés de la ley es el remedio extraordinario y último de que dispone la Administración tributaria para evitar que sentencias que estime erróneas y que puedan afectar negativamente al Erario público, más allá del caso resuelto definitivamente por las mismas con fuerza de cosa juzgada material, perpetúen o multipliquen sus negativos efectos en el futuro ante la posibilidad de reiteración o repetición de su desviada doctrina. Pero el recurso de casación en interés de la ley no puede convertir al Tribunal Supremo en una suerte de órgano consultivo de las entidades legitimadas para interponerlo (artículo 100.1 LJCA), ni constituir un medio que prácticamente soslaye a la casación ordinaria o a la casación para la unificación de doctrina, de tal modo que, en cada ocasión en que esta imposibilidad se presente, dichas entidades se apresuren a interponerlo con la finalidad exclusiva de procurarse un mecanismo de asegurar el reconocimiento futuro de sus posiciones sin sujetarse al estricto cumplimiento de los requisitos que lo habilitan.

Esta anómala y desviada utilización de la modalidad casacional en interés de la Ley convertiría, *de facto*, al Tribunal Supremo en un Tribunal de apelación de las sentencias dictadas por los Juzgados o por las Salas de lo Contencioso-Administrativo, donde, sin interés general alguno —o con un interés general desvaído e intrascendente— predicable de la conclusión jurídica que cupiera extraer del fallo impugnado, y al hilo de un mero interés particularizado, lo único que se persiguiera y consiguiera no fuera otra cosa que una resolución preventiva de la anulación jurisdiccional posterior de actuaciones administrativas contrarias a Derecho.

No se trata en este extraordinario recurso casacional de solicitar una formulación en cierto modo abstracta, teórica y general, con valor de informe o dictamen, sino una doctrina que resuelva un debate jurídicamente controvertido y que esté postulada en términos que permitan su aplicación de futuro generalizada. De acuerdo con esta doctrina, limpiamente formulada en la STS de 10 de abril de 2002 (recurso de casación en interés de ley núm. 3159/2001) y reiterada en la de 12 de diciembre de 2003 (recurso de casación en interés de ley núm. 3457/2001), la casación en interés de la ley debe enjuiciar los pronunciamientos de la sentencia impugnada y si concluye que son contrarios a la ley, debe

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

declarar cuál es la interpretación correcta que solemnemente eleva a doctrina legal; es decir, el recurso de casación en interés de la ley exige un absoluto respeto de la congruencia dialéctica o, lo que es lo mismo, de los términos de la sentencia de instancia, sin que pueda, por tanto, al socaire de los razonamientos esgrimidos, extender la doctrina legal que se sienta más allá de aquella que se ha decidido en la instancia, por muy razonables que sean las derivaciones o extensiones de la sentencia de casación.

### 4. RECURSO DE REVISIÓN

#### A) Motivos

##### a) El documento recobrado se debe referir a la existencia física anterior, no a la mera información sobre su existencia

Aun cuando no concurre la circunstancia de que los documentos aportados sean fotocopias de fotocopias de las comunicaciones originales, sino fotocopias compulsadas con la misma eficacia que la de los documentos originales, es lo cierto, sin embargo, que la revisión de una sentencia firme –artículo 102.1.a) LJCA y también artículo 510.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil–, exige que se trate de documentos “recobrados”, es decir, con existencia física anterior, como lo establece la doctrina, oportunamente reiterada por la STS de 31 de enero de 2004, Ar. 2250 de 2005, sobre la necesidad de que lo recobrado sea el documento mismo y no la información acerca de su existencia o acerca de los datos que contenían, que eran extremos susceptibles de ser acreditados por otros medios de prueba.

##### b) La recuperación de documentos no puede referirse a documentos posteriores

Según la STS de 15 de febrero de 2005, Ar. 2338, no puede entenderse que se recobran documentos cuando los mismos no existían como tales en soportes materiales, ni ocultos, ni retenidos por la Administración recurrida con anterioridad a la Sentencia impugnada, sino que fueron documentos creados a petición del interesado con posterioridad a la fecha de aquella Sentencia, lo que se compagina mal con la concepción de documentos recobrados establecida por la jurisprudencia en SSTS de 13 de marzo de 2001 y 9 de octubre de 2000.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO



# Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

## E. GARCÍA DE ENTERRÍA

### La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho Español

[Civitas, Madrid, 2005, 290 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Recoge en este libro el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA —maestro de tantos administrativistas, ilustre jurista y precursor de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración—, una serie de trabajos en los que el citado autor ha criticado la última jurisprudencia del Tribunal Supremo ante uno de los temas más debatidos de tiempos recientes: la responsabilidad del Estado legislador.

A través de estos estudios comprende el autor —como él mismo afirma— la totalidad del problema, salvo el tratamiento de lo que entiende el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA otra cuestión diferente: la infracción del Derecho Comunitario o de otros instrumentos de Derecho Internacional, ni la posible incidencia respecto de relaciones singulares bilaterales.

Concretamente se recogen seis trabajos que tratan las claves del tema objeto de estudio. Así, en el primero de ellos: “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, en *Homenaje al Profesor Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, 2003, y en la *Revista de Administración Pública*, núm. 159, 2002, págs. 173 y siguientes, se analiza un principio que ha servido en la jurisprudencia, no sólo del TS, sino también del TC, para dar entrada a la responsabilidad del Estado legislador. Ha-

ciéndose eco además de la importancia a este respecto del modelo alemán.

En relación con esta cuestión se encuentran materias tan importantes como los derechos adquiridos y la inadmisibilidad de la “petrificación del Derecho”. Se trata en el fondo del trascendental problema de si los perjuicios producidos por la innovación del Ordenamiento pueden dar lugar a indemnización por vía de la responsabilidad del legislador. Recuérdese que en determinados supuestos y, precisamente, con base en el citado principio de protección de la confianza legítima en la normativa vigente se ha aceptado cierta posibilidad de compensar a través de esta figura algunos supuestos, por ejemplo, los gastos realizados conforme a la reglamentación para obtener determinados resultados que como consecuencia del cambio de dicha regulación devienen inútiles.

El segundo de los trabajos se refiere a la idea de ver en el artículo 9.3 de la CE un reconocimiento de la responsabilidad del Estado legislador, postura mantenida inicialmente por el TS, pero que tras la regulación de esta responsabilidad en la Ley 30/1992, el citado Tribunal rectificó. Concretamente, bajo el título “El principio de la responsabilidad de los poderes públicos según el artículo 9.3 de la Constitución y la responsabilidad del Estado legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 67, 2003, y en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo. IV, 2003, págs. 537 y siguientes, el autor analiza uno de los aspectos más debatidos en la materia, pues recuérdese que en nuestra Carta Magna, y a diferencia de lo que sucede respecto a la responsabilidad de la Administración y del Poder Judicial, no se hace mención expresa a la responsabilidad del Estado legislador, que llevó en su momento al TS y parte de la doctrina a ver en el artículo 9.3 de la CE, un reconocimiento implícito de la misma.

El tercer trabajo, es el titulado “La inexistencia de jurisdicción en los Tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 117, 2003, y más recientemente y en versión francesa: “L’incompréhensible compétence de la jurisdiction administrative pour condamner le législateur”, en *Mélanges en l’honneur de Franck Moderne. Mouvement du Droit public*, París, 2004. En dicho estudio el autor se hace eco de la dificultad de atribuir a estos Tribunales el conocimiento de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del legislador, pues para enjuiciar a éste parece que sólo está legitimado el TC.

En el cuarto y en el quinto trabajo: “La garantía constitucional del patrimonio de los ciudadanos; expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial del legislador en el Derecho Comparado”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Alain Brewer Carías*, tomo III, Madrid, 2003, págs. 3039 y siguientes; y “Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 141, 1996, en su versión francesa en *L’État de Droit. Mélanges en l’honneur de Guy Braibant*, Dalloz, París, 1996; trata el citado profesor la otra de las instituciones encaminada a la garantía constitucional del patrimonio de los ciudadanos: la expropiación, no siempre fácil de diferenciar de la responsabilidad e incluso de otra figura muy próxima: la delimitación de derechos, especialmente, del derecho de propiedad por su función social. Complejidad que, como es lógico, se incrementa cuando se trata de normas, que hace entrar en juego además a las expropiaciones legislativas, igualmente cuestionables y cuestionadas, recordando especialmente el supuesto de la expropiación por la Ley de Costas.

Finalmente, concluye el autor con el análisis de la responsabilidad por las leyes inconstitucionales, en su trabajo titulado “Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una Ley declarada inconstitucional”, en *Libro Homenaje al Profesor Gonzalo Rodríguez*

Mourullo, Madrid, 2005, y en la *Revista de Administración Pública*, núm. 166, 2005; así como en el *Homenaje al Profesor Diego de Figueiredo Moreira Neto*, Río de Janeiro, 2005; en el que trata, entre otros aspectos, de nuevo el problema de la competencia de los Tribunales Contencioso-administrativos al respecto, pero especialmente las dudas en relación con los efectos de esa inconstitucional, haciéndose eco de la respuesta de otros sistemas como la retroactividad absoluta o la doctrina prospectiva; y con el que concluye proponiendo una reforma de la LOTC y, concretamente, de su artículo 40.1, con el fin de clarificar los efectos de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de una Ley.

Sin duda este tema, el de la responsabilidad del Estado legislador, sigue siendo uno de los Caballos de Troya en esa “lucha por el Derecho” de la que habla el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, y que demanda una reforma que clarifique las diversas incertidumbres que aún hoy pesan sobre esta figura y en nada favorecen la seguridad jurídica en el tratamiento de esta cuestión; clarificación a la que contribuye la elaboración doctrinal del citado autor, la cual puede conocerse desde una perspectiva global en este libro de referencia en la materia.

**M. SÁNCHEZ MORÓN**

**Derecho Administrativo. Parte General**

[Tecnos, Madrid, 2005, 918 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

De cara al nuevo curso que comienza ve la luz un nuevo manual de Derecho Administrativo que aunque el mismo incluye las palabras “Parte General”, realmente es mucho más amplio y completo que lo que podría pensarse de una simple lectura de su título.

Así, el profesor SÁNCHEZ MORÓN nos presenta un instrumento de máxima uti-

lidad en el estudio de esta disciplina. A lo largo de 21 capítulos ofrece una visión global de las materias propias del programa de Derecho Administrativo de cualquier Universidad en que éste se imparte, de forma muy didáctica y fácilmente comprensible para los alumnos pero sin perder ni un ápice del rigor al que este autor nos tiene acostumbrados y de forma muy completa.

Destaca especialmente la alusión en todos los temas tratados a la actual normativa europea que tiene incidencia en cada uno de ellos, y a la interpretación que de la misma ha hecho, principalmente, el TJCE, pero también otros órganos judiciales de ámbito supranacional a tener en cuenta como el TEDH.

Los citados capítulos se estructuran en cinco partes bien diferenciadas: la primera de ellas referente al concepto y evolución del Derecho Administrativo, donde a través de los dos primeros capítulos de este manual hará sin duda comprender al alumno no sólo cómo es el Derecho Administrativo, sino y lo que es más importante porqué es así y para qué sirve, lo cual sólo puede comprenderse por medio de una buena explicación de su historia, en la que merece una especial atención, como así hace el autor, la incidencia de la Constitución en esta disciplina.

La segunda parte se centra en las fuentes de esta rama del Derecho, con la atención especial que merece el reglamento.

A la explicación de la organización administrativa dedica la tercera parte de esta obra, en la que partiendo de la teoría general hace una exposición de cada una de las diferentes Administraciones públicas, no sólo territoriales: Estado, Comunidades Autónomas y Entes Locales, sino también de lo que denomina Entidades instrumentales a las que dedica el capítulo décimo y en el que se hace eco no sólo de los organismos públicos, sino también de las Corporaciones de Derecho Público, la llamada Administración Independiente y las entidades privadas del sector público.

En cuarto lugar se expone la actividad administrativa en la que se incluye tanto la relación de la Administración con los ciudadanos como el procedimiento administrativo, actos y contratos, las tres clásicas actividades de la Administración, es decir, policía, fomento y servicio público, las sanciones, y un tema que no siempre se recoge en obras de este tipo y que resulta de lo más ilustrativo e interesante para el estudio de esta disciplina: el régimen administrativo de la propiedad, incluyendo en el mismo no sólo la expropiación sino también otras vías de intervención en este derecho, y concretamente la delimitación de su contenido, pues sólo de este modo podrá entenderse el artículo 33 de la CE en su totalidad y, muy especialmente, la difícil separación entre la fijación del contenido normal del derecho de propiedad y la expropiación. Además, de otro lado, hará comprender muchas de las restricciones que a las propiedades privadas se imponen en las leyes que se encargan de regular el dominio público e, incluso, en los instrumentos de planeamiento que aprueba la Administración.

Finalmente, en la quinta y última parte de este manual, se estudia el sistema de garantías, comprendiendo tanto los recursos administrativos, como los controles externos, como el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas, para pasar en el capítulo XX al control judicial y concluir en el siguiente y último capítulo con la garantía patrimonial que ofrece la responsabilidad patrimonial de la Administración, no sin ofrecer además una visión de los problemas y debates —aún no todos ellos zanjados— en relación con la responsabilidad del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia y muy especialmente del Estado legislador.

De este modo, y como ya se ha comentado al inicio, esta obra que sin duda es ya y será un instrumento de estudio del Derecho Administrativo de referencia, comprende no sólo todas las materias propias de la parte general de esta disciplina, sino de muchas otras que aunque podrían calificarse como de

generales, por tratar instituciones esenciales de esta rama del Derecho, como la expropiación o la responsabilidad patrimonial, son explicadas en muchas Universidades en el segundo curso en que se imparte esta asignatura. Sólo resta por tanto desear que el profesor SÁNCHEZ MORÓN nos obsequie con la parte especial de este manual, que unida a su obra sobre la función pública, comprenda y ofrezca a alumnos y profesores una exposición integral de lo que es hoy el Derecho Administrativo.

**S. MUÑOZ MACHADO (dir.)**

### Diccionario de Derecho Administrativo

[Iustel, Madrid, 2005, 2736 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

En esta obra se da una visión global del actual Derecho Administrativo a través de 500 voces, por medio de las cuales 96 autores han plasmado y sintetizado sus conocimientos sobre múltiples y variadas materias que hoy comprende esta disciplina. Y ello porque precisamente cada uno de los autores son especialistas en los temas que han desarrollado, lo que sin duda ofrece una mayor calidad a la obra.

De este modo el citado diccionario supone una obra de referencia para prácticos y teóricos, una vía sencilla y sistemática de conocer el Derecho Administrativo, que dada su amplitud hace complicado tener una adecuada visión general del mismo y de cada uno de los ámbitos y sectores en que tiene presencia el mismo, en los que interviene de una u otra forma la Administración.

A esta función principal del *Diccionario de Derecho Administrativo*, dirigido por el profesor Santiago MUÑOZ MACHADO, contribuye el índice de autores, pero muy especialmente

el índice alfabético de voces, instrumento éste inusual o infrecuente en los libros propios de esta disciplina y sin duda de máxima utilidad, como puede comprobarse en manuales de Derecho Administrativo de otros países, como sucede con los franceses y especialmente los alemanes y que sin duda facilitan considerablemente su manejo.

Además y dado que, como ya se ha dicho, los autores son especialistas en los temas cuyas voces han redactado, se ofrece no sólo un conocimiento del estado actual de la legislación vigente, tanto nacional como autonómica y supranacional, sino y lo que es más importante su interpretación por los Tribunales y la doctrina.

**C. JIMÉNEZ PLAZA**

### El *fumus boni iuris*: análisis jurisprudencial

[Iustel, Madrid, 2005]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

La monografía, como su título avanza, contiene un maduro análisis sobre la recepción de la apariencia del buen derecho en la adopción de medidas cautelares por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la Sala Tercera del Tribunal Supremo y por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Como refleja la autora, mientras que en el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Defensa de la Competencia el *fumus boni iuris* es un criterio habitual y acumulativamente considerado junto con el *periculum in mora*, en la Sala Tercera del Tribunal Supremo “no ha tenido un respaldo suficiente para que, al día de hoy, pueda hablarse de un principio básico articulador del incidente. Su uso no está generalizado, y su empleo pasa a ser residual” (*op. cit.*, pág. 178).

El principal fundamento de ese carácter reacio de nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa a la admisión del *fumus boni iuris* es de carácter positivo: la inexistencia de consideración del *fumus boni iuris* en la legislación contencioso-administrativa antecedente de la vigente Ley de 1998, y el arrinconamiento expreso en ésta del *fumus boni iuris* en dos únicos y concretos supuestos: inactividad material y actividad material constitutiva de vía de hecho (artículos 29 y 30 en relación con el artículo 136 de la vigente Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Como corresponde a un trabajo de investigación de calidad, la autora —que en la línea del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA se muestra partidaria de una mayor recepción jurisprudencial del principio— no se limita a explicar con sencillez los datos y problemas con los que se enfrenta, sino que expone y fundamenta con coherencia soluciones y teorías sugerentes, como sucede en relación con el *fumus boni iuris* y la contratación administrativa (con referencia al profesor MESTRE DELGADO y al profesor BAÑO LEÓN, *op cit.*, págs. 143 y ss.), o la consideración del *fumus boni iuris* por los órganos judiciales contencioso-administrativos a la hora de efectuar la “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto” previsto en el artículo 130.1 de la Ley 29/1998 (*op. cit.*, págs. 240 y ss.); así como otras teorías y soluciones también bien argumentadas pero quizá más discutibles, como invocar para reforzar el *fumus boni iuris* en el contencioso-administrativo el artículo 728 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (al respecto, *cfr.* BUSTILLO BOLADO, R., *La aplicación de la Ley de Enjuiciamiento civil en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 57-60; y, en el mismo sentido, DE LA SIERRA, S., *Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho Europeo. Un estudio normativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs. 61-64 y 297).

Se trata, en definitiva, de una obra bien construida, interesante y honesta.

J. GARCÍA ROCA y

P. SANTOLAYA MACHETTI (coords.)

**La Europa de los Derechos Humanos.  
El Convenio Europeo de Derechos Humanos**

[CEPC, Madrid, 2005]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

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.